



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXII

Број
4

2024

Почасни главни и одговорни уредник

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

Главни и одговорни уредник

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

Уређивачки одбор**Чланови извршног одбора редакције**

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

Чланови саветодавног одбора редакције

Danny Busch (Radboud Universiteit, Холандија), Martin Collet (Université Paris 2 Panthéon-Assas, Француска), Pierre-Henri Conac (Faculté de droit, d'économie et de finance (FDEF) de l'Université du Luxembourg, Luxembourg Centre for European Law (LCEL), Luxembourg), Katia Fach Gómez (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Шпанија), Helmut Heiss (University of Zürich, Швајцарска), Šime Ivanjko (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Словенија), Christa Jessel-Holst (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Немачка), Rainer Kulms (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Немачка), Vesna Lazić (Asser Institute, Холандија), Bryan Mercurio (The Chinese University of Hong Kong, Хонг Конг, Кина), Marko Pavliha, професор, Univerza v Ljubljani Fakulteta za pomorstvo in promet, (Словенија), Радован Вукадиновић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Maria Pilar Pelares Viscasillas (Universidad Carlos III de Madrid, Шпанија), Марко Рајчевић (Правни факултет у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Andreas Reiner (Rechtsanwalt, Schiedsrichter, Mediator, Аустрија).

Секретар

др Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Технички секретари

Владимир Пешић, Привредни суд у Београду, Србија

Јелисавета Бољановић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Издавачи

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Београд, Теразије 27, V спрат

Електронска адреса удружења: office@pravnicuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: redakcija@pravoiprivreda.rs

Интернет страница: www.pravnicuprivredi.org.rs; www.pravoiprivreda.rs

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Београд, Булевар краља Александра 67

Графичка припрема

Досије студио, Београд

Штампа

Досије студио, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Тираж

200

Секундарне публикације у којима се индексира часопис

SCIndeks (Српски цитатни индекс), Cobiss, HeinOnline

Часопис *Право и привреда* излази тромесечно.


УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXII

Број
4

2024

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Aleksandar JAKŠIĆ, Stefan JOVANOVIĆ

The FIDIC DAB: Legal Nature, Effects and Interaction with
Arbitration Agreement 477

Сања МАРЈАНОВИЋ, Ивана СИМОНОВИЋ

Траст – заједнички изазов грађанског материјалног права
и међународног приватног права Републике Србије. 511

Марко ЈОВАНОВИЋ

Прилог тумачењу члана 39 Конвенције УН о уговорима
о међународној продаји робе 553

Никола МИЛОСАВЉЕВИЋ

Потенцијални елементи индустријског дизајна који нису
обухваћени законском дефиницијом. 585

Milena MITROVIĆ

Materiality Concept(s) in the EU Sustainability (Non-Financial)
Reporting: The Challenge of Equivalence 603

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Маша ИЛИЋ

Улога кореспондирајуће корекције добити у међународном
и у српском пореском праву. 632

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 677

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Aleksandar JAKŠIĆ, Stefan JOVANOVIĆ

The FIDIC DAB: Legal Nature, Effects and Interaction with
Arbitration Agreement 477

Sanja MARJANOVIĆ, Ivana SIMONOVIĆ

Trust – A Common Challenge of Civil Substantive Law and
Private International Law of the Republic of Serbia 511

Marko JOVANOVIĆ

Contribution to the Interpretation of Article 39 of the United
Nations Convention on Contracts for the International Sale
of Goods 553

Nikola MILOSAVLJEVIC

The Potential Elements of Industrial Design That Are Not
Mentioned in Legal Definition 585

Milena MITROVIĆ

Materiality Concept(s) in the EU Sustainability (Non-Financial)
Reporting: The Challenge of Equivalence 603

STUDENT PAPERS

Maša ILIĆ

The Role of Corresponding Adjustment in International and in
Serbian Tax Law 632

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 677

ЧЛАНЦИ

UDC: 347.454.3:69 ; 341.631 ; 342.722

CERIF: S 142, S 144

PAPER TYPE: ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

DOI: 10.55836/PiP_24401A

Aleksandar JAKŠIĆ, PhD*

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

Stefan JOVANOVIĆ, LL.M**

Lecturer at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE FIDIC DAB: LEGAL NATURE, EFFECTS AND INTERACTION WITH ARBITRATION AGREEMENT***

Summary

The paper examines the Dispute Adjudication Board (DAB) as an integral component of the multi-tier dispute resolution clause within FIDIC contracts, focusing on three key aspects. Firstly, it analyzes the legal nature of the DAB and whether it satisfies the conditions necessary to align with the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Secondly, it examines the effects of DAB decisions, focusing on issues of their finality, binding nature and enforceability. The discussion highlights the contractual obligations arising from DAB decisions and their impact on subsequent legal proceedings.

* E-mail: diplexaj@gmail.com.

** E-mail: stefan.jovanovic@ius.bg.ac.rs.
ORCID ID 0000-0002-3562-2681.

*** This paper is the result of research conducted within the strategic project of the Faculty of Law University of Belgrade „Challenges in the Creation, Interpretation and Application of Law“ for 2024.

Thirdly, the paper explores whether the DAB is an obligatory step in the multi-tier dispute resolution clause preceding arbitration. It assesses the mandatory nature of this pre-arbitration mechanism, the consequences of bypassing it, and exceptions that may apply. Together, these aspects underline the DAB's pivotal role in construction dispute resolution frameworks.

Key words: FIDIC. – DAB. – Construction Arbitration. – Enforceability. – Multi-Tier Dispute Resolution Clause.

I Introduction

Construction projects are of immense importance to every country, encompassing a wide range of infrastructure, from traditional civil engineering works like buildings, bridges, roads and highways to cutting-edge projects such as wind farms and heavy-duty oil and gas processing plants.¹ These ventures require substantial time, effort and financial investment, often giving rise to intricate legal relationships across multiple levels. These relationships frequently involve international stakeholders and financial institutions. Consequently, the standardization of contract conditions becomes essential, benefiting all parties involved – employers, engineers, contractors and banks alike,² by providing a clear, uniform framework that ensures smoother project execution and reduces the potential for disputes.

The International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), as the global representative body for national associations of consulting engineers, recognized the need for standardized construction contracts and, in the 1950s, published the first edition of the Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction. This marked the beginning of the influential FIDIC contract system, which has since become a cornerstone for international construction contracts worldwide. Over the years, FIDIC has issued numerous standard forms of contracts and best practice guidelines. Notably, the 1999 publication of the „rainbow suite“³ of contracts significantly

1 Turner&Townsend, The FIDIC Suite of Contracts, available at: https://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Suite_of_Contracts_0.pdf, 9. 9. 2024, 2.

2 Michel Nardin, „A Practical Approach on the FIDIC Principles“, *Revista Română de Arbitraj*, Vol. 3, Nr. 3/2009, 34.

3 The FIDIC published: Conditions of contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer: The Construction Contract (Red Book), Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, designed by the Contractor: The Plant and Design/Build Contract (Yellow Book), Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: The EPC/Turnkey Contract (1) (Silver Book), Short form of Contract: The Short Form (Green Book).

shaped the global construction industry by providing essential frameworks for various project types.

In 2017, FIDIC introduced a new, upgraded suite of contracts, enhancing the 1999 editions. These updates aimed to address modern project complexities, improve risk management and provide clearer contractual guidance. Accompanying the new suite was a comprehensive guide designed to help stakeholders navigate the updated terms and effectively implement them in practice. These revisions further solidified FIDIC's role as a global standard in construction contract management.

Large construction projects carry significant risks of disputes due to their complexity, the involvement of multiple parties, high value and their dependence on various economic, labor, political, environmental, and global conditions. The construction industry as a whole, along with individual projects that often span several years or even decades, faces numerous risks. Currently, the construction market is grappling with major social and economic challenges, including war, the lasting effects of the pandemic, climate change and increasing inequality. Population growth and the rising demand for natural resources have further strained societies and placed additional pressure on the industry. As a result, the construction industry has experienced serious repercussions such as disrupted supply chains, rising material costs, project delays and labor shortages.⁴ At the same time, the average value of disputes has significantly increased.⁵ In Serbia, construction activity continues robustly, with the highest value concentrated in three types of projects: transportation infrastructure, non-residential buildings and residential developments,⁶ especially in light of the upcoming needs for the Belgrade Expo 2027. On the global stage, construction contracts are commonly executed using various FIDIC standard forms, a practice that is also prevalent in the Southeast European region.⁷

4 See the global report for 2022: Arcadis, 2022 Global Construction Disputes Report, Successfully Navigating Through Turbulent Times, 2022, available at: <https://www.arcadis.com/en/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report>, 16. 11. 2024, 6.

5 See the report for North America: Arcadis, Construction Disputes Report 2023, available at: <https://www.arcadis.com/en-us/knowledge-hub/perspectives/north-america/usa/2023/construction-disputes-report-2023>, 16. 11. 2024, 2.

6 See Statistical Office of the Republic of Serbia, Construction activity, 2024, available at: <https://www.stat.gov.rs/en-us/oblasti/gradjevinarstvo/gradjevinska-aktivnost/>, 16. 11. 2024.

7 The use of FIDIC standard terms is recommended by major financial institutions, including the World Bank, the International Bank for Reconstruction and Development, leading international commercial banks, investment funds, and other prominent investors. See Selma Mujezinović, „Upotreba opštih i posebnih uslova FIDIC ugovora u Srbiji – ograničenja i teškoće njihove primene i opasnosti njihove pogrešne primene“, *Pravo i privreda*, Nr. 7–9/2011, 367. FIDIC forms of contract are widely used, particularly

Given the significant value, complexity and societal impact of the construction industry, it is crucial that the management of dispute resolution processes is conducted efficiently and effectively. One of the most important clauses in FIDIC standard contracts is the one addressing dispute resolution. This multi-tier clause outlines a structured process, beginning with the initial stage of claim resolution by Engineer, after which the claim is formally transformed into a dispute. Once this occurs, the dispute resolution clause is activated. The parties are first required to submit their dispute to a Dispute Adjudication Board (DAB) or in new FIDIC terms, Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB).⁸ If the DAB process fails, the parties are directed to attempt an amicable settlement, and as a final step, the dispute may be referred to arbitration or, in rare cases, litigation.⁹

DAB was introduced into FIDIC with the primary aim of ensuring prompt payment to the contractor of interim instalments of the contract price, notwithstanding that the underlying dispute would eventually be finally determined in other proceedings.¹⁰ There are two types of DABs in the FIDIC forms: (1) the standing DAB, which is appointed by the parties at the outset of the contract and remains in place until the end of contract performance; and (2) the *ad hoc* DAB, which is appointed after a dispute has

in the Middle East, Southeast Asia, and Eastern Europe. In our neighbouring country, Bosnia and Herzegovina, they are especially prevalent in the construction of highways, railways, and dams. See Almir Gagula, Zlatan Meškić, „Termination of the contract under FIDIC – the perspective of Bosnia and Herzegovina“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, Nr. 2/2020, 57–58.

- 8 This paper will use the original term „DAB“ and conduct analysis based on the FIDIC 1999 Edition. While the FIDIC 2017 Edition maintains the overarching dispute resolution framework of the 1999 Edition, it renames the Dispute Adjudication Board (DAB) as the Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB). The 2017 Red Book provides a more detailed scheme, expanding the provisions on claims and disputes from 4 to over 10 pages, with an added focus on conflict avoidance. See Marco Schoups, Geert de Buyzer, Pim van de Bos, „Demystifying construction disputes and FIDIC“, *Liber Amicorum CEPANI (1969–2019): 50 Years of Solutions* (eds. Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019, 448.
- 9 Construction disputes are generally not well-suited for submission to courts in most jurisdictions, especially in Serbia and the region. These disputes involve an enormous amount of documentation, exhibits, and reports, often with multiple parties and issues that are highly complex, requiring technical expertise and experience to be adequately addressed. Arbitration offers more flexibility, including the option to appoint a non-lawyer, such as an engineer, as an arbitrator. However, it is not advisable to have an arbitral tribunal without any legal professionals, as construction disputes frequently involve complex legal issues in addition to technical ones.
- 10 Herbert Smith Freehills, *Enforceability of Dispute Adjudication Board's Decision in FIDIC Contracts*, London, 2015, available at: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/enforceability-of-dispute-adjudication-boards-decision-in-fidic-contracts>, 16. 11. 2024.

arisen. DAB decides on its procedures, however the members (adjudicators) of the DAB must note that they are not empowered to act as arbitrators. The procedure to be followed should be inquisitorial rather than adversarial.¹¹

The aim of this paper is to analyze this critical first step in the FIDIC multi-tier dispute resolution process. First, we will examine the legal nature of the DAB, followed by an analysis of the effects of its decisions. Lastly, we will explore the intersection between the DAB process and arbitration, which serves as the final stage in the dispute resolution mechanism.

II Legal Nature

1. How does dispute resolution mechanism in FIDIC work?¹²

The first stage of the contractual parties' procedure in resolving the claim starts after timely submission of the notice of a claim. A claim is essentially a request from one party for something which it considers is due to him under the terms of the contract.¹³ Under FIDIC's 1999 Red, Yellow, and Silver Books (sub-clause 20.1), if the contractor believes they are entitled to an extension of time or additional payment, they must notify the engineer of the event or circumstance within 28 days of becoming aware of it. Failing to do so forfeits the contractor's claim, freeing the employer from any related liability. Conversely, while the employer must also notify claims promptly, a delay does not affect the employer's entitlement to the claim (per sub-clause 2.5).¹⁴ In this stage, additionally, the contractor is obliged to submit to the employer a claim with complete details about the event giving rise to its right to an extension of time or additional payment within the period of 42 days from the day when the contractor became aware of the stated event. When the employer receives the detailed claim, it should respond to the contractor

11 Michael Mortimer-Hawkins, Clause 20, Dispute Resolution, FIDIC Contracts Committee, available at: <https://fidic.org/sites/default/files/24%20CLAUSE%2020,%20DISPUTE%20RESOLUTION.pdf>, 16. 11. 2024, 10.

12 The dispute resolution method under FIDIC Contracts is discussed in numerous doctrinal contributions. See instead all Cremona Ana Maria Cotovelea, „A Comparative View between FIDIC 1999/2017 Editions, Part 1 – Constitution“, *Romanian Arbitration Journal*, Nr. 1/2011, 80–90; M. Schoups, G. de Buyzer, P. van den Bos, 445–456; Götz Sebastian Hök, FIDIC/MBD Approach in Respect of DAB, available at: <https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2016/02/110bppt-sebastian-hok.pdf>, 16. 11. 2024.

13 M. Mortimer-Hawkins, 2.

14 On enforceability of this term under the Croatian law see Davor Babić, Fran Pelicarić, „Chapter 7: Validity of the Time Bar under FIDIC Sub-Clause 20.1 in Croatian Law“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 140.

in the next 42 days, whether it approves the claim or not, with a detailed explanation of its decision. If the employer does not approve the claim, it is possible to start the next stage of the procedure in resolving the contractor's claim.

A dispute arises when a party does not agree with the claim, so the claim becomes a dispute.¹⁵ Within the dispute resolution phase, the parties shall appoint the members of the DAB, within 28 days after one party informs other party of its intention to refer their dispute to the DAB. DAB's task is to propose the resolution of dispute to the parties.¹⁶ If some of the parties disagree with the DAB's proposed decision, it is entitled to start the next stage of the procedure to resolve the dispute. After an attempt to amicably resolve the dispute or 56 days from when the notice of dissatisfaction (NOD) was given without an attempt to amicably resolve the dispute, parties can go to the final stage of resolving their dispute. It usually consists of starting the procedure before the arbitration.

In brief, the multi-tier dispute resolution clause is activated when a dispute occurs. The first tier must be based on a „dispute“, i.e. not just a difference of opinion that is still under discussion. The key to the door to clause 20.4 lies in clause 3.5¹⁷ – i.e. non-acceptance of an engineer's determination.¹⁸ In general, the construction dispute can be defined as a disagreement between two parties, typically the owner and the contractor, where they differ in their interpretation or assertion of a perceived contractual right. This disagreement often results in a determination by the owner, following the process outlined in the contract. If the contractor disputes this

15 A conflict arises when one party feels that another party has either frustrated or is about to frustrate its interests or concerns. It's important to note that a conflict can exist even if the other party is unaware of the situation. The conflict doesn't depend on the other party's awareness or reaction, but on the perception of the first party. Conflicts can involve various issues, such as disagreements over facts, resource allocation, values and principles, strategies, or personal relationships. A conflict becomes a legal dispute when one party formally makes a claim, and the other party responds by rejecting or opposing that claim. See Klaus Peter Berger, „Private Dispute Resolution in International Business“, *Negotiation, Mediation, Arbitration*, Volume II, Kluwer Law International, 2006, 21.

16 See M. Mortimer-Hawkins, 2.

17 General Conditions, sub-clause 3.5: Whenever these Conditions provide that the Engineer shall proceed in accordance with this sub-clause 3.5 to agree or determine any matter, the Engineer shall consult with the Contractor in an endeavour to reach agreement. If agreement is not achieved, the Engineer shall make a fair determination in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances.

The Engineer shall give notice to the Contractor of each agreement or determination, with supporting particulars. Each Party shall give effect to each agreement or determination, unless and until revised under clause 20.

18 M. Mortimer-Hawkins, 2.

determination, the issue escalates into a formal dispute, potentially requiring resolution through adjudication, arbitration or litigation.¹⁹

It is multi-tiered dispute resolution clause that consists of three separate tiers:

<i>FIRST TIER: DISPUTE ADJUDICATION BOARD</i> (<i>primarily</i>)
<i>SECOND TIER: AMICABLE SETTLEMENT</i> (<i>secondly</i>)
<i>THIRD TIER: ARBITRATION</i> (<i>finally, as last resort</i>)

Under FIDIC general terms, parties are obliged to follow all stages of dispute resolution mechanism and consequently to refer their dispute to a DAB.²⁰

In the context of dispute resolution, where a notice of dissatisfaction with the decision rendered by the DAB has been communicated, the parties are obligated to engage in an amicable settlement process before escalating the issue to arbitration. If a mutually acceptable resolution is not reached within 56 days, either party is then entitled to refer the dispute to arbitration. According to Glover and Hughes,²¹ sub-clause 20.5 represents a condition precedent, and as such, parties must make an effort to secure an amicable settlement for a prescribed duration of 56 days before resorting to arbitration. The authors acknowledge that a party may not necessarily need to make such an attempt at amicable resolution, but they fail to clarify how this is consistent with the condition precedent requiring such an attempt. It is thus inferred that their allusion to a condition precedent is solely in reference to the mandatory 56-day waiting period.

Critics have argued that the mandatory settlement period is an exercise in futility since the parties are often entrenched in their respective positions, making a voluntary settlement impracticable. Nevertheless, we hold a divergent view on this matter. In reality, this prescribed period provides the parties with a valuable opportunity to undertake a comprehensive cost-benefit analysis and weigh the possible implications of pursuing arbitration. Furthermore, where one party is contemplating initiating arbitration, the mandatory cooling-off period allows for a tempering of emotions and affords an opportunity for a more considered approach to be taken prior to making the final decision. In light of this, the mandatory settlement period serves an essential purpose and should not be discounted.²²

19 The definition derogated from Arcadis, Construction Disputes Report 2023, 3.

20 See further *infra*.

21 Jeremy Glover, Simon Huges, *Understanding the New FIDIC Red Book*, Sweet and Maxwell, 2006, 391.

22 For the same thoughts see M. Mortimer-Hawkins, 10.

If a DAB decision has become both final and binding and a party fails to comply, that non-compliance can be directly referred to arbitration without going through the amicable settlement process under Clause 20.5.²³

2. DAB in conjunction with the right to a fair trial

In assessing the legal nature of the DAB, it is essential to consider it within the framework of fundamental rights, as guaranteed by national courts bound by the European Convention on Human Rights (ECHR or Convention)²⁴ and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). When reviewing arbitral awards in recognition or annulment proceedings, national courts should respect the rights enshrined in the ECHR. Consequently, arbitrators and all participants in arbitration must ensure that their actions do not infringe upon the fundamental rights safeguarded by the Convention.

Accordingly, it is crucial to assess whether the DAB procedure aligns with the fundamental right to a fair trial. The right to a fair trial, as enshrined in art. 6 para. 1 of the ECHR implies that in the determination of their civil rights and obligations everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. This right includes, among other things, the right of access to a court. This right was elaborated upon by the ECtHR in *Golder v. the United Kingdom*,²⁵ which defines the scope of access to justice under Article 6.

In principle, everyone has the right to have any claim relating to his „civil rights and obligations“ brought before a court or tribunal. In this way art. 6 para. 1 embodies the „right to a court“, of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect.²⁶ Art. 6 para. 1 may therefore be relied on by anyone who considers that an interference with the exercise of its civil rights is unlawful and complains that it had not the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of art. 6 para. 1. Where there is a serious and genuine dispute as to the lawfulness of such an interference, going either to the very existence or to the scope of the asserted civil right, art. 6 para. 1 entitles the individual

23 *Ibid.*, 11.

24 European Convention on Human Rights, as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16. Serbia ratified the ECHR – *Official Gazette of Serbia and Montenegro – International Agreements*, Nos. 9/2003, 5/2005, and 7/2005, and *Official Gazette of the Republic of Serbia – International Agreements*, Nos. 12/2010 and 10/2015.

25 ECtHR, *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of February 21, 1975, paras. 28–36.

26 *Golder v. the United Kingdom*, para. 36.

concerned „to have this question of domestic law determined by a tribunal“.²⁷ The refusal of a court to examine allegations by individuals concerning the compatibility of a particular procedure with the fundamental procedural safeguards of a fair trial restricts their access to a court.²⁸

3. Limitations which may affect the DAB Procedure²⁹

The „right to a court“ and the right of access are not absolute. They may be subject to limitations, but these must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired.³⁰ Furthermore, a limitation will not be compatible with art. 6 para. 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a „reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.“³¹

The right of access to a court must be „practical and effective“.³² For the right of access to be effective, an individual must „have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights“,³³ or a clear, practical opportunity to claim compensation.³⁴

The rules outlining the procedural steps and time limits for filing an appeal or seeking judicial review are designed to uphold the proper administration of justice and ensure adherence to the principle of legal certainty.³⁵ Consequently, the rules in question, or their application, should not obstruct litigants from exercising an available remedy.³⁶

27 ECtHR, Judgment of December 14, 2006, *Markovic and Others v. Italy* [GC], 2006, para. 98.

28 ECtHR, Judgment of June 21, 2016, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], 2016, para. 131.

29 Hereinafter we refer only to limitations which may affect the DAB Procedure. For more limitations such as state immunity etc., see instead all Christoph Grabenwarter, Katharina Pabel, „Article 6“, *EMRK Kommentar*, 7. Auflage, München, 2021, No. 50 and ff, or consult the ECtHR case law.

30 European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), 2013, 14 with reference to ECtHR, Judgment of January 17, 2012, *Stanev v. Bulgaria* [GC], 2012, para. 229; See also ECtHR, Judgment of June 23, 2016, *Baka v. Hungary* [GC], 2016, para. 120; ECtHR, Judgment of March 15, 2018, *Nait-Liman v. Switzerland* [GC], 2018, para. 113.

31 European Court of Human Rights, Article 6 (2013), 15 with reference to ECtHR, Judgment of November 29, 2016, *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* [GC], 2016, para. 89; *Nait-Liman v. Switzerland* [GC], 2018, para. 115.

32 ECtHR, Judgment of April 5, 2018, *Zubac v. Croatia* [GC], 2018, paras. 76–79.

33 ECtHR, Decision of April 4, 2003, *Nunes Dias v. Portugal*, 2003.

34 ECtHR, Judgment of October 26, 2011, *Stoicescu v. Romania*, 2011, para. 74.

35 ECtHR, Judgment of October 15, 2002, *Cañete de Goñi v. Spain*, 2002, para. 36.

36 ECtHR, Judgment of January 25, 2000, *Miragall Escolano and Others v. Spain*, 2000, para. 36.

However, the right of access to a court is impaired when the rules cease to serve the aims of „legal certainty“ and the „proper administration of justice“ and form a sort of barrier preventing the litigant from having its case determined on the merits by the competent court.³⁷ When authorities provide inaccurate or incomplete information regarding time limits, domestic courts should consider the specific circumstances of the case and avoid applying the relevant rules and case law too rigidly.³⁸

The right to initiate an action or file an appeal should arise from the moment the parties can effectively become aware of a legal decision that imposes an obligation on them or could potentially harm their legitimate rights or interests. Without this, courts could significantly shorten the time for lodging an appeal or even make it impossible by delaying the delivery of their decisions. Service, as a means of communication between the judicial body and the parties, informs them of the court's decision and its rationale, enabling them to appeal if necessary or allowing an interested third party to intervene, especially in cases where a party, not summoned to provide evidence, is affected by the outcome.³⁹ It is the responsibility of the domestic authorities to act with due diligence in ensuring that litigants are properly informed about proceedings affecting them.⁴⁰

In the specific circumstances of a case, the practical and effective nature of the right of access to a court may be impaired, for instance:⁴¹

- a) By the prohibitive cost of the proceedings in view of the individual's financial capacity;
- b) Excessive court fees;⁴²
- c) By issues relating to time-limits: the time taken to hear an appeal leading to its being declared inadmissible;⁴³

37 *Zubac v. Croatia* [GC], para. 98.

38 European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), 2024, 35 with reference to ECtHR, *Décision du 14 septembre 2014, Gajtani v. Switzerland*, and *Clavien v. Switzerland* (*Décision du décembre 2017*).

39 European Court of Human Rights, Article 6, 2024, 35 with reference to *Miragall Escolano and Others v. Spain*, 2000, para. 37 and *Cañete de Goñi v. Spain*, 2002, para. 40.

40 European Court of Human Rights, Article 6 (2024), 35 and see ECtHR, Judgment of April 27, 2017, *Schmidt v. Latvia*, 2017, paras. 86–90, 92 and 94–95, where the applicant had not been informed of divorce proceedings and the Court emphasised that given what was at stake in the proceedings, special diligence had been required on the authorities' part to ensure that the right of access to a court was respected.

41 The parts of the list relevant for the DAB procedure is derived from European Court of Human Rights, Article 6 (2024), 36–39.

42 ECtHR, Judgment of October 10, 2011, *Georgeta Stoicescu v. Romania*, 2011, paras. 69–70.

43 ECtHR, Judgment of April 25, 2000, *Miragall Escolano and Others v. Spain*, 2000, para. 38; ECtHR, Judgment of March 26, 2000, *Melnyk v. Ukraine*, 2006, para. 26.

- d) Limitation periods for bringing a claim;⁴⁴
- e) Excessive delays in the examination of a claim may also render the right of access to a court meaningless;⁴⁵
- f) The unjustified lack of a decision for a particularly lengthy period by the court dealing with the case may be regarded as a denial of justice.⁴⁶

Furthermore, Article 6(1) guarantees not only the right to institute proceedings but also the right to obtain a determination of the dispute by a court.⁴⁷

4. Waiver of the limitations

In the domestic legal systems of ECHR Contracting States, it is common to encounter waivers of a person's right to have their case heard by a court or tribunal, particularly in civil matters, through arbitration clauses in international commercial contracts. While such a waiver offers clear benefits to both the individual and the administration of justice, it does not, in principle, violate the Convention. Art. 6 of the Convention, therefore, does not prohibit the establishment of arbitration tribunals for resolving specific disputes. Parties are free to agree that certain disputes arising from the performance of a contract will be settled outside the ordinary courts. By agreeing to an arbitration clause, the parties voluntarily waive specific rights protected by the Convention.⁴⁸ Individuals may waive their right to have their case heard by a court in favour of arbitration, as long as such a waiver is permissible and made clearly and voluntarily. This waiver must be supported by minimum safeguards. Case law differentiates between voluntary and compulsory arbitration. Generally, no issues arise under art. 6 in cases of voluntary arbitration.⁴⁹

44 See, regarding harm to physical integrity, the case-law references cited in paragraphs 53–55 of ECtHR, *Sanofi Pasteur v. France*, Arrêt du 13 juin 2020, including ECtHR, Arrêt du 11 juin 2014, *Howald Moor and Others v. Switzerland*, 2014, paras. 79–80.

45 ECtHR, Judgment of May 2, *Kristiansen and Tyvik v. Norway*, 2013, para. 57.

46 ECtHR, Arrêt du 15 Avril 2020, *Sailing Club of Chalkidiki „I Kelyfos“ v. Greece*, 2019, para. 60.

47 ECtHR, Judgment of November 29, 2016, *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* [GC], 2016, para. 86.

48 European Court of Human Rights, Article 6 (2024), 48.

49 European Court of Human Rights, Article 6 (2024), 48 with references to ECtHR, Arrêt du 28 octobre 2010, *Suda v. the Czech Republic*, paras. 48–49 and case-law references cited; *Tabbane v. Switzerland* (dec), 2016, paras. 26–27 and 30; *Eiffage S.A. and Others v. Switzerland* (dec), 2009; *Tabbane v. Switzerland* (dec), 2016, para. 31.

The ECHR is not directly applicable to arbitration or any other voluntary alternative dispute resolution method.⁵⁰ On the contrary, there is a constitutionally guaranteed right to arbitration derived from the higher principle, i.e. the party autonomy.⁵¹

However, recently, national courts have increasingly attached importance to the principle of equality of parties in arbitration proceedings. Particular attention is paid to equal access to arbitration, given the fact that the parties are usually of unequal economic power, and that arbitration is, as a rule, an expensive procedure.

It is usual for the rules of all institutional arbitrations to require certain payments from the parties (especially from the claimants when filing a claim). If the parties are unable to do so, failure to pay shall result in termination or suspension of the arbitration proceedings.⁵² If one of the parties lacks the financial means to initiate the arbitration proceedings, this does not necessarily result in its exclusion from the arbitration process. A notable example is the recent case decided by the French Court of Cassation, First Civil Chamber (La Cour de Cassation, Cass. Civ. 1), on 28 March 2013 in

See explicitly in relation to commercial arbitration, ECtHR, Judgment of May 20, 2021, *Beg S.p.a. v. Italy*, 2021, paras. 135 et seq, and ECtHR, Judgment of May 20, 2021, *Beg S.p.a. v. Italy*, 2021, paras. 135 et seq (explicitly in relation to commercial arbitration).

50 See instead all Aleksandar Jakšić, *Arbitration and Human Rights*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2002. See however, C. A. M. Cotovelea, 76 ff.

51 The doctrine in Serbia does not deal with this problem, so we have to use the comparative legal approach, analyzing the doctrine and practice of those civil law countries which serve as model for constituting the legal order in Serbia (Austria, Germany). According to the private autonomy approach (See instead all Roderich C. Thümel, Bernhard Wiczorek, Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar*, Band V, Berlin, 1995, 388; Reinhold Geimer, „Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht“, *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz* (Hrsg. Peter Schlosser), Bielefeld, 1994, 115). The simple legislator has the possibility of accepting both state jurisdiction and arbitration if certain substantial requirements are met. The agreement of a non-governmental and thus alternative dispute resolution procedure is a result of private autonomy, which enables the parties to agree on their legal relationships in terms of material and procedural law. The special feature of arbitration lies in the state recognition of the party's autonomy agreed arbitration court, the arbitration procedure and the arbitral award and its normative effect. In addition, one sees in private autonomy arbitration an outflow of the unwritten „*fundamental right to private autonomy*“, which in Austria is covered by the property guarantee (Article 5 of the Constitution), in Germany by Article 2 Section 1 which reads as follows: „*Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.*“ Similar, if not the same, provision is to be found in Article 23 Section 2 of the Constitution of the Republic of Serbia: „*Everyone has the right to free personal development, if it does not violate the rights of others guaranteed by the Constitution.*“

52 See DIS Arbitration Rules, Effective as of 1 March 2018 Annex 2 effective as of 1 July 2021, art. 42 para. 5. See also Rules of the Belgrade Arbitration Centre, Applicable as of 1 January 2014, art. 46 para. 3.

Société Pirelli & C. v. Société Licensing Projects. In this case, the court affirmed that access to justice in arbitration is governed by the same principles as access to court proceedings under art. 6 of the ECHR.⁵³

5. Does DAB preserve all required conditions to be in line with the right to a fair trial?

Within the judicial system of the Republic of Serbia, including the above-mentioned source of international law that are incorporated into the domestic legal system, parties may waive the right to sue before a court of ordinary jurisdiction.

In FIDIC terms they often do it in such a way that they clearly and unambiguously agreed that all their disputes (of any kind whatsoever)⁵⁴ would be finally resolved by arbitration with stipulated seat and that tribunal would apply the rules of some arbitral institution. As of Serbian Arbitration Act, the arbitration agreement concluded in this way is also valid in terms of form, because the parties in their written agreement refer to the arbitration agreement contained in the FIDIC general conditions.⁵⁵ The freedom of contract and party autonomy allow the parties to agree on a different way of resolving disputes, such as conciliation, settlement, mediation and adjudication.

Within the principle of party autonomy, which serves as the foundation for alternative dispute resolution methods, the parties have the opportunity to choose the applicable procedural law or equally national procedural rules that apply to the procedure (*lex mercatoria arbitralis processualis*). They are entitled to do so to the limits of (international) public policy of Serbia. The Serbian (international) public policy consists of the principles of the Constitution, as well as the elements of the right to a fair trial guaranteed by Article 6(1) of the ECHR (principles of equality of parties, equality of arms and adversarial proceedings).

53 The case involved an Italian company, Société Pirelli, which initiated arbitration against a Spanish company, Société Licensing Projects (LP), to recover outstanding debts. LP, which had entered insolvency and was placed in liquidation, submitted counterclaims at the start of the arbitration. However, it failed to make the required advance payment of costs under the ICC arbitration rules. As a result, the ICC informed the parties that LP's counterclaims would be deemed withdrawn. The French court of appeal later annulled the arbitral award, finding that it violated LP's right to access justice. This decision was upheld by the French Court of Cassation, reaffirming that financial obstacles should not prevent a party from accessing arbitration, echoing the fundamental rights enshrined in Article 6 ECHR.

54 Compare FIDIC Silver Book, clause 20.4. sec. 1.

55 Arg. ad Serbian Arbitration Act, art. 12 para. 3.

As to the DAB procedure, all these principles are preserved:

- a) The parties are put on the equal foot as regards the constitution of an *ad-hoc* DAB: the parties shall jointly appoint a DAB.
- b) If the DAB is compromised by three persons⁵⁶ each party shall nominate one member of a DAB for the approval of the other party.⁵⁷
- c) To ensure that the mechanism's efficiency relies on an independent and impartial DAB, FIDIC introduced the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement as an appendix to the General Conditions of Contract (GCC), along with the Procedural Rules as an annex to the GCC.⁵⁸
- d) The appointment is based on a formal notification to the other party of its intention to settle the dispute before the DAB.⁵⁹
- e) The deadline for constituting the DAB is appropriate, neither short nor excessive, i.e. 28 days after the party gives notice to the other party.⁶⁰
- f) The agreed conditions do not deprive the potential claimant of „the right to access to a court“, nor do they violate the principle of equality of the parties when it comes to the obligation of the parties to pay in advance compensation for the work of DAB members. The parties regulate the amount of compensation by contract and pay it in equal amounts.⁶¹
- g) In principle, the proceedings before the DAB are far cheaper than proceedings before a three-member arbitration.
- h) The DAB renders a decision that must be reasoned. It is binding on the parties, and they are obliged to execute it. The DAB decision is not only binding but also may be final, if no party gives to the other notice of dissatisfaction (NOD).⁶²
- i) The DAB is obliged to make a decision within 84 days from the day when the members of the DAB received remuneration. The

56 See FIDIC Silver Book, clause 20.2. sec. 1 and 2.

57 See FIDIC Silver book, clause 20.2. sec. 2.

58 Giovanni Di Folco, „Chapter 3: Relevance and Probative Value of Dispute Adjudication Boards in Arbitration Proceedings“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 36.

59 See FIDIC Silver book, clause 20.1. sec. 1.

60 See FIDIC Silver book, clause 20.2. sec. 1.

61 See FIDIC Silver book, clause 20.2. sec. 6.

62 See FIDIC Silver book, clause 20.4. sec. 5.

deadline for giving a NOD is 28 days after the parties have received the decision of the DAB.⁶³ Both deadlines must be considered reasonable, so neither too short nor too long.

- j) Neither party shall be entitled to commence arbitration of a dispute, unless a NOD has been given in accordance with the FIDIC provision.⁶⁴
- k) If the DAB has given its decision on the matter of a dispute to both parties and no NOD has been given by either party within 28 days after receiving the DAB decision, then the decision shall become final and binding upon both parties.⁶⁵
- l) The decision of the DAB is executed in an arbitration proceeding as provided by the parties in the main agreement or in a FIDIC book.
- m) As far as arbitration is concerned, the parties, with their contract that has procedural effects, have created two positive procedural preconditions (*Prozessvoraussetzungen*) that must be met in order for one of them to be able to submit a claim to arbitration. The creation of such procedural assumptions is permitted on the condition that they do not deprive the parties of their right to arbitration and that they themselves do not conflict with international public policy.⁶⁶
- n) There may be a legitimate reason for limiting the right to direct individual access to an arbitration tribunal.⁶⁷ As previously

63 See FIDIC Silver book, clause 20.4. sec. 4 and 5.

64 See FIDIC Silver book, clause 20.4. sec. 7.

65 See FIDIC Silver book, clause 20.4. sec. 7.

66 Serbian procedural law allows the execution of procedural contracts even in civil proceedings before courts of general jurisdiction, as for example *pactum de non petendo*, agreement in which parties promise not to institute an action against each other or to enforce a debt within a certain defined period. See further Aleksandar Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, 10th ed., Belgrade, 2018, 2099; Borivoje Poznić, *Gradansko procesno pravo*, 5th ed., Beograd, 1976, 52. Because, if the parties can waive the guarantees enshrined in the right to a fair trial, they can within the limits of their party autonomy create special procedural preconditions which must be fulfilled before a lawsuit is filed with an arbitration. *Pactum de non petendo* is allowed both in EU and national laws. See further Opinion of advocate general Kokkot delivered on November 6, 2014, in ECJ Case C-564/13 P, *Planet AE Antonimi Etairia Parokhis Simvouleftikon Ipiesion v. European Commission*, § 40. And especially German Federal Supreme Court, 14 January 2016, I ZB 50/15. Arbitration clause stated as follows: „*Technical disputes ... shall at the written request of either party be referred to a mutually acceptable technical expert ... All other disputes ... shall be submitted and settled by arbitration in Hamburg...*“ The Court held: „*...an agreement on expert determination may include a pactum de non petendo which temporarily excludes the right of a party to bring a claim before the court or arbitral tribunal. However, the legal consequence of such an agreement would ‘only’ be that arbitration proceedings are either temporarily inadmissible or the claim has to be dismissed as temporarily un-founded until the expert determination proceedings have been competed...*“

67 ECtHR, Judgment of July 8, 1986, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 1986, para. 197.

mentioned, the right to access a court or to engage in arbitration is not absolute. It can be subject to limitations; however, such limitations must not diminish or restrict individual access to the extent that the core essence of the right is compromised.

- o) Furthermore, a limitation does pursue a legitimate aim. The legitimate aim in constituting the DAB consists in avoiding conducting proceedings before arbitration, that is, in reducing the costs of resolving disputes and significantly shortening the time for making a binding and final decision.

6. Remarks on DAB's legal nature

Regarding its legal nature, the DAB holds both procedural and substantive aspects. The procedural nature of the DAB positions it as a pretrial or pre-arbitration dispute resolution method, similar to mediation. From a substantive perspective, the DAB is fundamentally a contractual dispute resolution body created through the parties' contractual arrangements. In line with the principle of freedom of contract, the DAB process is a set of contractual obligations. This contractual basis grants the DAB's decisions a binding nature by virtue of the substantive commitments the parties have agreed to uphold. Noncompliance with a DAB decision thus constitutes a breach of contract. The principle of freedom of contract supports this framework, allowing parties the autonomy to define their dispute resolution processes and enforceability terms, making the DAB's role a direct outcome of their substantive contractual relationship.⁶⁸ Conclusively, DABs are fundamentally contractual in nature, and while their characteristics blend elements of both expert determination and arbitration, they are not arbitral tribunals, and their conclusions do not carry the enforceability of arbitral awards.⁶⁹

68 Same perspective as in other jurisdictions, see for example Yaroslav Petrov, Oleksandr Volkov, Mykhailo Soldatenko, „Chapter 15: FIDIC Dispute Adjudication Board in Ukraine: Legal Nature and Enforcement of the Decisions“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 246–247.

69 Jurgita Petkute-Guriene, „Chapter 1: Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board–Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration)“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 6.

III Effects of the DAB

1. Are DAB Decisions Binding and Final?

Decisions issued by the DAB automatically become an integral part of the contract, and failure to comply with them may constitute a breach of contract, potentially having legal consequences, including liability for damages due to non-compliance.⁷⁰

As stated in 20.4, the decision shall be binding on both Parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amicable settlement or an arbitral award.

A DAB decision is binding by default but can be either binding or final, depending on the circumstances. Specifically, while a DAB decision is initially binding on both parties, it is not necessarily final. If a party disputes the decision, it may issue a NOD within 28 days of receiving the DAB's decision, as outlined in sub-clause 20.4.

FIDIC uses the term „binding“ for any decision issued by DAB, regardless of whether the decision was challenged by any of the parties in due time or not. This means that until the dispute is resolved by the arbitration tribunal, the parties should comply with any decision issued by DAB, even a decision they disagree with.⁷¹ Such a DAB decision, in line with the „pay now, argue later“ principle, remains binding until an arbitral tribunal issues its ruling.⁷²

A DAB decision must be reasoned and becomes immediately binding on the parties, requiring prompt implementation, even if one party intends to challenge it. If dissatisfied, either party has 28 days to issue a NOD, which serves as a prerequisite for proceeding to arbitration. Unless a notice of dissatisfaction is issued within 28 days, the decision is final and (forever) binding on both Parties,⁷³ as a contractual obligation to be fulfilled.

If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both Parties, and no notice of dissatisfaction has been given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become

70 The same is in British law and Polish law. See Agnieszka Małgorzata Dąbrowska, „Analysis of the FIDIC arbitration clause in the light of international jurisprudence“, *ASEJ Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*, 2019, available at: <https://asej.eu/index.php/asej/article/view/359>, 16. 11. 2024, 7.

71 Götz-Sebastian Hök, *FIDIC/MDB Approach in respect of Dispute Adjudication Boards*, Berlin, available at: <https://fidic.org/sites/default/files/FIDIC%20MDB%20Approach%20in%20respect%20of%20Dispute%20Adjudication%20Boards.pdf>, 16. 11. 2024, 7.

72 See A. M. Dąbrowska, 7.

73 M. Mortimer-Hawkins, 10.

final and binding upon both Parties. The binding nature of these decisions is equated with the binding effect produced by any contractual provisions. The final award has two possible outcomes: 1) the parties can voluntarily enforce the decision, which is when the full potential of the DAB process is achieved, or 2) the parties do not enforce the decision, in which case arbitration proceedings can be initiated.⁷⁴ Given that such a decision is not an enforceable title and that arbitration proceedings must be initiated for its enforcement, it is clear that a DAB decision is not really final.⁷⁵ It is not final in the same way as an arbitral award, but it holds finality as a binding contractual provision, establishing an obligation that both parties are contractually bound to uphold.

The Singaporean Court of Appeal⁷⁶ has underscored the criticality of promptly complying with a decision made by a DAB and ensuring timely payment to contractors, where contractually specified. The court has articulated its interpretation of the impact of a NOD on a DAB decision, culminating in three crucial points. Firstly, a DAB decision acquires immediate binding force upon its issuance. Secondly, the parties involved in the dispute are obligated to promptly give effect to the decision, unless it is superseded by either a friendly resolution or a subsequent arbitral award. Thirdly, a NOD cannot upend the binding nature of a DAB decision or the parties' corresponding responsibility to expeditiously comply with and execute it.⁷⁷

The South African Court,⁷⁸ much like the Court of Appeal in *CRW Joint Operation v PT Perusahaan Gas Negara (Persero)*,⁷⁹ has held that a decision of the DAB, while binding, is not necessarily final and must be obeyed. The court directed DBT Technologies to comply with the DAB decision until such time that it was revised by either an amicable resolution or an arbitral award. In expressing this opinion, the Court stated that the provisions pertaining to the decision's binding nature and the need for revision were clear. Specifically, the decision remains binding until it is revised, and the parties must promptly comply with the decision once it is issued. This requirement to act swiftly arises even before a NOD is submitted, as a dissatisfied party has 28 days

74 Jovan Nikčević, „Prethodni (pred-arbitražni) postupak za rešavanje sporova prema FIDIC-ovim opštim uslovima ugovora“, *Pravo i privreda*, Nr. 7–9/2011, 381.

75 *Ibid.*, 381–382.

76 See Andrew Burr, „Failure Properly to Constitute a DAB under FIDIC: Some illustrative case notes“, *Yearbook on International Commercial Arbitration*, Nr. 5/2017, 272.

77 These findings have been echoed by the *South Gauteng High Court in South Africa, in the case of Esor Africa (Pty) Ltd/Franki Africa (Pty) Ltd JV and Bombela Civils JV (Pty) Ltd*. *Ibid.*, 272.

78 *Tubular Holdings (Pty) Ltd v DBT Technologies (Pty) Ltd*, (06757/2013) [2013] ZAGPJHC 155 (3 May 2013).

79 (2015) SGCA 30; (2011) 4 SLR.

to provide such notice. The implication is that giving prompt effect to the decision precedes the provision of a notice of dissatisfaction.

The parties must stick to the time limit of 28 days for referring their dispute to arbitration. Neither party shall be entitled to commence arbitration of a dispute unless a notice of dissatisfaction has been given in accordance with sub-clause 20.4. In 2013, the ICC was presented with a case (No. 16435)⁸⁰ that involved a dispute between two parties, C and E. After an adjudicator made a decision that C was not entitled to all of the additional costs it claimed, C referred its claim to arbitration. However, E challenged the jurisdiction of the arbitral tribunal, arguing that C had failed to comply with the agreed dispute resolution procedure, which required a referral to arbitration within 28 days of the adjudicator's decision. E contended that the adjudication had become final and binding and was no longer eligible for arbitration. The arbitral tribunal concluded that the 28-day time limit was triggered regardless of whether there was a discernible dispute, and that a formal referral to arbitration was necessary within this timeframe. As C had not made such a formal referral within the specified time limit, the adjudicator's decision had become final and binding. Consequently, the arbitral tribunal did not have jurisdiction to revisit the decision.

2. Are DAB decisions enforceable?⁸¹

DAB decisions are not equivalent to judicial or arbitral awards, they possess a contractual nature. The enforcement of pre-arbitral decisions, such as those made by a DAB, does not fall under the purview of the New York Convention or the Singapore Convention⁸² (which has a relatively limited scope of application).⁸³ When it comes to enforcement, if parties do not comply with dispute board decisions amicably, they generally proceed to international arbitration. While dispute board decisions are binding, they are not considered automatically final. This means that parties are obligated to follow them unless they are revised by the ultimate dispute resolution forum,

80 Emmanuel Jolivet, Philip Kucharski (eds.), *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Nr. 1/2015.

81 See further instead all Yasemit Cetinel, „Chapter 14: Enforceability Issues of Dispute Boards: Considerations for an Efficient Practice in Turkey“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 231–242. About the probative value of DAB's decision see further G. di Folco, 33–46.

82 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation.

83 This raises the question of how to achieve greater voluntary enforcement of DAB decisions. See Milena Đorđević, „Rešavanje sporova iz ugovora o građenju“, *Savremeni problemi pravnog sistema Srbije* (ur. Miloš Živković, Maja Lukić Radović), Beograd, 2023, 100.

such as arbitration or litigation. However, if the parties do not voluntarily comply with the decision, the prevailing party has no practical means to force the losing party to comply, apart from initiating an ordinary action for breach of contract. In such cases, arbitration regarding the same subject matter in dispute typically needs to be pursued. This is because arbitral awards can be legally enforced under the 1958 New York Convention, which applies in the 172 States⁸⁴ that are currently parties to it. Additionally, the procedure under the New York Convention is streamlined, prohibiting any re-examination of the case on its merits.⁸⁵

The statistics show that when asked about voluntary compliance with pre-arbitral decisions, 41% of respondents reported that parties do not comply, 31% noted compliance „half of the time“, and only 28% experienced frequent compliance.⁸⁶ While the efficacy of dispute board decisions may be called into question given that their enforcement depends on the losing party's willingness to comply, a closer examination of their utility reveals their practicality as a „comply now, argue later“ solution. This approach enables the performance of the main contract to proceed without unnecessary disruption, while safeguarding the parties' rights to seek a final resolution of their disputes later through arbitration or litigation. Moreover, dispute board decisions often encourage settlement by offering an impartial perspective on the issues, thereby helping to preserve business relationships. Additionally, refining disputes during this stage can significantly reduce the time and costs of subsequent arbitration proceedings. While arbitrators and national judges are not strictly bound by dispute board decisions, they are often guided by them and may draw adverse inferences when a losing party unjustifiably refuses to comply.⁸⁷ This illustrates the significant weight that DAB decisions carry and underscores their role in resolving disputes efficiently and effectively.

84 UNCITRAL, Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), available at: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, 16. 11. 2024.

85 See Aceris Law, Dispute Boards and International Construction Arbitration, available at: https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftn10, 16. 11. 2024.

86 Queen Mary University of London, Pinsent Masons, International Arbitration Survey, Driving Efficiency in International Construction Disputes, 2019, available at: <https://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey>, 16. 11. 2024, 18.

87 See Aceris Law, Dispute Boards and International Construction Arbitration.

IV Interaction between DAB and Arbitration Agreement

After conducting a survey on construction disputes, it has been acknowledged that while arbitration remains the preferred method for resolving disputes in international construction projects, there is a need for greater efficiency and flexibility throughout the arbitral process. This is particularly true for disputes valued at USD 10 million or less, where the high cost of arbitration is often perceived as a barrier to justice and a fair resolution.⁸⁸ The challenge, therefore, lies in streamlining the process to make it more accessible and cost-effective for all parties involved.

The advantages of resolving disputes through a DAB include early resolution while the project is still ongoing, allowing the project to continue without major interruptions, and substantial cost and time savings compared to arbitration. Even if a dispute proceeds to arbitration following a DAB procedure, it is already, to some extent, refined, which can positively impact time and cost efficiency.⁸⁹ However, there are disadvantages, such as the overrated time and cost efficiency, particularly with *ad hoc* DABs, and the high fees for DAB adjudicators. Other drawbacks include the adjudicators' potential lack of legal expertise and the uncertainty around voluntary enforcement of DAB decisions.⁹⁰

Despite these challenges, dispute boards play a crucial role in mitigating the costs and delays associated with international arbitration. Engaging in dispute board proceedings is typically a mandatory condition precedent for initiating arbitration, meaning parties must adhere to this step unless they mutually agree to bypass it. If one party unilaterally disregards the requirement, arbitral tribunals often respond by either dismissing the case for lack of jurisdiction or suspending the proceedings until the condition precedent (referral to dispute board proceedings) has been satisfied. This practice is exemplified in Section 9(2) of the 1996 English Arbitration Act, which states that an application for a stay of legal proceedings may still be made, even if the matter is to be referred to arbitration, only after exhausting other dispute resolution procedures.⁹¹

This means that arbitration serves as the last resort and final stage of dispute resolution, to be pursued only when all other methods outlined in the contract have been exhausted or have failed.

88 Pinsent Masons, *International Arbitration in Construction*, 2019, available at: <https://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey>, 16. 11. 2024.

89 J. Petkute-Guriene, 4.

90 M. Đorđević, 97.

91 About mandatory condition to international arbitration see Aceris Law, *Dispute Boards and International Construction Arbitration*.

When parties resort to a DAB, a decision is rendered, and one of the parties issues a NOD, it becomes an important consideration to determine the role and significance of the DAB decision in the ensuing arbitral proceedings. As Di Folco correctly emphasized, if one interprets a referral to arbitration under clause 20.6 by a dissatisfied party as an „appeal“ against the DAB’s binding decision under clause 20.4, it would imply that the arbitral tribunal must examine and assess the DAB decision to determine its accuracy within the specific context of the case. This interpretation suggests that the DAB decision would become the central point of focus for the tribunal, with limited consideration given to any additional claims or circumstances that either party might otherwise have raised. Conversely, if a referral for arbitration following a binding but non-final DAB decision is viewed as a fresh process initiated by the aggrieved party, it implies that the DAB decision is more of historical relevance. In this scenario, the arbitral tribunal would review the dispute in its entirety, considering all claims and counterclaims, including those submitted for the first time in arbitration, which might raise issues of admissibility. Determining the proper approach relies heavily on the wording of clause 20.6, particularly the third paragraph, which clearly provides that the party initiating arbitration is not restricted to the evidence or arguments previously presented to the DAB. Thus, so far as the parties may bring new submissions to the arbitral tribunal, the case ultimately presented could differ significantly from the matter originally addressed by the DAB.⁹²

The important issue is whether the non-compliance with the requirement to submit the dispute to a DAB affects the admissibility of the claim or the jurisdiction of the arbitral tribunal. The importance of the issue lies on the understanding that issued of jurisdiction may be challenged before the court and the issues of admissibility cannot.⁹³ The claim is not admissible when the tribunal has jurisdiction, but the claim is premature because of the existence of some condition to be fulfilled before submitting the claim to arbitration. That condition can be some alternative dispute resolution mechanism such as negotiation, conciliation, mediation or dispute boards procedures (as DAB), or a cooling off period which is common in international investments agreements.⁹⁴ There is no consensus in international practice or among legal scholars regarding whether such objections are matters of the arbitral tribunal’s jurisdiction or simply questions of admissibility. The distinction

92 G. Di Folco, 38–39.

93 For Swiss law see Christian Oetiker, Claudia Walz, „Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland“, *ASA Bulletin* (ed. Matthias Scherer), Vol. 35, Nr. 4/2017, 874–875.

94 See more in Crina Baltag, „Not Hot Enough: Cooling-Off Periods and the Recent Developments under the Energy Charter Treaty“, *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. 6, Nr. 1/2017, 190–196.

is significant, as it affects which body, the arbitral tribunal or the national courts, has the authority to make the ultimate determination on whether arbitration may proceed.⁹⁵

The focus is on the admissibility of arbitration in cases where the parties have failed to follow the dispute resolution procedure specified in the contract, either through their own volition or fault, particularly when the claim notification was not properly communicated. Whether the initiator of the dispute is obligated to exhaust the entire multi-step procedure before proceeding to arbitration depends on the terms of the contract, determining whether it is a duty or a right, and whether it constitutes a *sine qua non* condition for arbitration. According to the literature,⁹⁶ when it comes to FIDIC templates, parties are obliged to initiate pre-arbitration proceedings aimed at resolving the dispute. This means that submitting a claim to DAB is a prerequisite for the admissibility of arbitration at a later stage, and any application for arbitration without having exhausted the contractual procedure will be considered premature. Therefore, the mere intention of a party to initiate arbitration is not sufficient, the dispute must have arisen when the claim was submitted to the DAB in accordance with the procedure outlined in the contract.

For a multi-tier dispute resolution clause to be enforceable, it must clearly reflect the parties' intent for each stage to be mandatory. This determination cannot be made in general but must be based on a close interpretation of the specific clause. The wording is crucial, so the clause should explicitly state that the pre-arbitral steps, such as mediation or adjudication, are required before arbitration. Furthermore, the clause should specify the conditions under which these preliminary steps are deemed complete⁹⁷ to avoid ambiguity and ensure enforceability. The obligatory nature of DAB can be seen as well in sub-clause 20.3 which provides the solution when parties fail to nominate a member or to agree on DAB, then the appointing entity or official named in the Particular Conditions shall, upon the request of either or both of the Parties and after due consultation with both Parties, appoint this member of the DAB. This appointment shall be final and conclusive. The parties can supplement the sub-clause 20.3 with provision which states the appointing entity, for example it can be the President of FIDIC or a person appointed by the President of FIDIC.

Sub-Clause 20.2 states that disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with sub-clause 20.4. The word „shall“ is intended to make

95 See more in J. Petkute-Guriene, 11–12.

96 See *supra*.

97 C. Oetiker, C. Walz, 867.

this a mandatory obligation.⁹⁸ The parties are required to carry out any pre-arbitration procedures prior to commencing arbitral proceedings. Otherwise, the submission to arbitration is considered premature.⁹⁹

In the realm of international arbitration, parties may have the option to vary or waive the requirement of a DAB as a preliminary step before initiating arbitral proceedings. This discretion can be exercised by the parties in certain circumstances, as seen in the case of *ICC Case 16083*.¹⁰⁰ In this case, the arbitral tribunal examined the parties' conduct and found that both parties did not consider the DAB to be an essential preliminary step before referring the dispute to arbitration. As a result, the tribunal affirmed its jurisdiction in the arbitration, demonstrating the significance of parties' actions in shaping the arbitral process. This highlights the importance of parties carefully considering the impact of their conduct when making decisions regarding dispute resolution mechanisms in international contracts.

In this juncture of the dispute resolution process, a critical aspect that warrants careful analysis is whether the parties involved in a dispute explicitly or implicitly agreed to circumvent the DAB procedure. Ascertaining the parties' position on this matter is a crucial step in ensuring the integrity of the potential arbitration process and maintaining the sanctity of the parties' contractual agreement. Given the complexities involved in international commercial contracts, it is not uncommon for parties to encounter disputes during the performance of their contractual obligations. To effectively manage such disputes, the inclusion of dispute resolution mechanisms such as DAB and arbitration in the contract becomes essential. However, the effectiveness of these mechanisms is contingent upon the parties' adherence to the agreed-upon procedures. Hence, the inquiry into whether the parties waived the DAB procedure assumes great significance in ensuring a just and equitable outcome for all parties involved. The failure to adhere to the DAB procedure, when required, can have far-reaching consequences, including unwarranted delays, increased costs, and the potential for irreversible harm to the parties' interests. Therefore, the parties' agreement or waiver of the DAB procedure is a crucial factor in determining the validity of the arbitration process and the resolution of the current dispute.

In situations where parties have not agreed to bypass the DAB procedure, it is crucial to adhere to this stage of the dispute resolution

98 J. Petkute-Guriene, 6.

99 In *Midroc Water Drilling Co Ltd v Cabinet Secretary, Ministry of Environment, Water & Natural Resources & 2 others* (Civil Suit No 267 of 2013), the Court made an order to stay the proceedings so that the Parties could comply with the settlement procedure in the Contract. See Corbett & Co, Clause 20, Corbett & Co International Construction Lawyers Ltd, 2021, 22.

100 All ICC cases cited here are published in *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Nr. 1/2015.

process. If one party emphasizes the importance of constituting the DAB while the other fails to meet this obligation, it can lead to a breakdown of the procedural framework. Unless there is clear evidence that both parties have explicitly or implicitly agreed to waive the DAB process and move directly to arbitration, the DAB remains a mandatory step. Therefore, without mutual consent to bypass the DAB, the parties are bound to follow this procedure before proceeding to arbitration.

Additionally, in the absence of cooperation from one of the parties, or a failure to nominate an adjudicator, a mechanism exists to appoint the members of the DAB. In the event that the parties are unable to jointly appoint a DAB, resulting in a failure to reach an agreement with a member or members of the DAB, sub-clause 20.3 serves as an auxiliary provision. Sub-clause 20.3 outlines the specific scenarios where the parties may not be able to agree on the DAB, including the failure to agree on a sole member by the deadline specified in the first paragraph of sub-clause 20.2, the inability of either party to nominate a member of a DAB consisting of three individuals, the parties' failure to come to an agreement on the appointment of a third member of the DAB, or the parties' failure to agree on a replacement member within the given 42-day timeframe.

Should any of these circumstances arise, the appointing entity identified will be authorized to appoint a member of the DAB upon the request of either or both Parties. The appointment made by the appointing entity will be deemed to be final and conclusive, and each party will be responsible for paying one-half of the appointing entity's remuneration.

As far as arbitration and court practice is concerned, the ICC Partial Award¹⁰¹ serves as a cautionary tale of the difficulties and delays that can arise during the appointing process. This particular case involved a dispute over an amended FIDIC Red Book 1999, and the arbitration proceedings took place in a city located in Eastern Europe. Despite the parties' obligation to agree on a standing DAB within 42 days after the Commencement Date, they were unable to do so. The Contractor made multiple requests to the Employer to agree to the appointment of a member of the DAB but received no response despite the Engineer's recommendation to do so. As a result, the Contractor had no choice but to apply to the President of FIDIC, who ultimately appointed a sole member. The DAB subsequently issued two decisions, which the Contractor sought to enforce. The Employer argued that the DAB had not been properly appointed, leading to further disputes. In the end, the arbitral tribunal determined that the DAB had indeed been properly appointed and ordered the Employer to comply with the DAB decisions.

101 ICC Case 15956 (June 2010). See *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Nr. 1/2015.

The other ICC Partial Award¹⁰² provides valuable insight into the complexities of the DAB process under the FIDIC Yellow Book 1999. The case highlights the importance of constituting a standing DAB in a timely manner and the consequences of failing to do so. In this case, despite the parties agreeing on a standing DAB, they failed to constitute it, leading to a dispute over the termination of the Contract. The Contractor sought to appoint a DAB to decide on the validity of the termination, but the Employer did not respond. As a result, the Contractor unilaterally applied to the President of FIDIC, and a sole DAB was appointed. Two DAB decisions were issued, but the Employer did not participate in the DAB proceedings and served a notice of dissatisfaction with the DAB decisions. The Employer argued that the DAB had not been properly constituted as the DAB agreement had not been entered into within the prescribed time period and that once a Contract is terminated, it is not possible to appoint a DAB. The Employer also contended that the DAB decisions (which were binding but not final) could not be summarily enforced. The arbitral tribunal ultimately found that sub-clause 20.8 requires the parties to go directly to arbitration to solve any dispute once a contract is terminated with no DAB in place. As such, the DAB constituted by the Contractor unilaterally after the termination had no jurisdiction to solve the disputes referred to it, and its decisions were not binding on the Employer.¹⁰³

It is assumed that even in the event of a dispute arising between the parties, they will continue with their project, as specified in sub-clause 20.4. This Sub-Clause emphasizes that unless the contract has been abandoned, repudiated, or terminated, the Contractor must proceed with the works in accordance with the contract.

The use of the term „shall“ in sub-clause 20.2 denotes a mandatory requirement to refer disputes to a DAB for resolution, whereas the use of the term „may“ in sub-clause 20.4 (*either Party may refer the dispute in writing to the DAB for its decision*) has created some ambiguity. We agree with the opinion that in sub-clause 20.4, the word „may“ does not make the DAB procedure optional, rather, it indicates that each party has the choice either to defend its rights using the contract's dispute resolution mechanism or to decide not to pursue the dispute within the contractual framework at all.¹⁰⁴ This uncertainty, nevertheless, has led to questions in the context of the FIDIC Red Book 1999, about whether the obligation to refer disputes to a DAB is mandatory, particularly when an *ad hoc* DAB has been constituted. The issue was addressed in the ICC Interim Award,¹⁰⁵ where the arbitral tribunal

102 ICC Case 16570 (2012).

103 See Corbett & Co, Clause 20, 27.

104 See also J. Petkute-Guriene, 7.

105 ICC Interim Award in Case 14431.

noted that the contradictory language used in sub-clauses 20.2 and 20.4 has created confusion. However, the tribunal concluded that the intention behind sub-clause 20.4 was that there is a mandatory requirement to refer disputes to a DAB in the first instance. The tribunal also considered whether a draft document could satisfy the requirement that the dispute be submitted in writing. It concluded that such a document would not suffice because the other party must clearly know when the process had been initiated. This decision highlights the importance of following the procedures outlined in the contract and submitting disputes in a clear and unambiguous manner.

FIDIC has increasingly observed that substantial modifications to its standard General Conditions (GCs) are being made through Particular Conditions (PCs), often altering or omitting core provisions. Such extensive changes have sometimes resulted in final contracts that deviate significantly from FIDIC principles, potentially misleading contractors and the public and impacting FIDIC's reputation. In response, FIDIC's Contracts Committee created Task Group 15 (TG15) to identify key contractual principles in each FIDIC contract form that are essential and should remain unchanged. These principles are known as the „FIDIC Golden Principles“ (GPs). TG15 also explored ways to prevent or limit the misuse of FIDIC contract conditions.

The golden principle no. 5 (GP5) reads as follows: „Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.“

According to the FIDIC Contracts Guide,¹⁰⁶ a contract aligns with GP5 if it includes a Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) or Dispute Adjudication Board (DAB) and is allowed under applicable law. Exclusion of a DAAB/DAB from the contract results in non-compliance with GP5. Importantly, Serbian Law on Contracts and Torts does not conflict with GP5. While certain modifications are allowed, GP5 prohibits removing all DAAB/DAB clauses or limiting the types of disputes that can be referred to the DAAB/DAB, as such changes would violate the principle's intent. This all speaks in favour of the opinion that the DAB procedure is mandatory to be not just included in the dispute resolution clause, but also not just dead letter on the paper. The parties, hence, have to fulfil the DAB requirement before the submitting the dispute to the arbitration.

106 FIDIC, Geneva, 1st ed., 2000.

1. The meaning of the Sub-Clause 20.8

The important question is the one relating to the sub-clause 20.8 which deals with the expiry of the Dispute Adjudication Board's Appointment and the situation when the dispute can be referred directly to arbitration.

The interpretation of sub-clause 20.8. of the FIDIC Silver book is disputable (Expiry of DAB's Appointment). The clause provides as follows: „If a dispute arises between the parties ... and where DAB is not in place whether by reasons of the expiry of the DAB's appointment or otherwise:

b) the dispute may be referred directly to arbitration under subclause 20.6. (Arbitration).“

The subclause is entitled „Expiry of Dispute Board's Appointment“ which should be only interpreted in the way that the subclause has to be applied only where a DAB is *already* implemented. The clause states that the provisions relating to the DAB do not apply and a dispute may be referred directly to arbitration, in circumstances where „there is no DAB in place“, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment „or otherwise“. The phrase „or otherwise“ is by no means a clear-cut one.¹⁰⁷

One particular issue which frequently arises (particularly under the FIDIC contracts, which adopt a multi-tiered dispute resolution process) is what the parties should do where a DAB has not been properly constituted by the parties. This question is particularly pertinent in circumstances where one of the contracting parties attempts to delay and disrupt the constitution of an *ad hoc* DAB, which has to be put in place in order to resolve a specific dispute (as opposed to a standing DAB, appointed at the outset of a project). If no DAB is appointed, how can any dispute be referred to a DAB? Can that dispute instead be referred directly to arbitration (or to litigation) in the alternative?

The standard terms of the FIDIC contracts do not provide a clear answer to these questions. It has, nonetheless, been suggested by some commentators that one answer might possibly lie in sub-clause 20.8 of the FIDIC contract. Whilst this is entitled „Expiry of Dispute Board's Appointment“ (which might, perhaps, be interpreted as applying only where a DAB is already implemented), the clause states that the provisions relating to the DAB do not apply and a dispute may be referred directly to arbitration, in circumstances where „there is no (DAB) in place, whether by reason of the expiry of the (DAB's) appointment or otherwise.“ The phrase „or otherwise“ may offer a possible answer to the question.

The question of whether a party can bypass the appointment of a DAB and proceed straight to arbitration has caused considerable judicial discourse.

¹⁰⁷ See further A. Burr, 369–370.

The presence of the term „otherwise“ in the relevant clause seemingly implies that a party may disregard the DAB and amicable settlement provisions and initiate arbitration proceedings if a DAB has not been appointed at the time of the dispute. Despite this interpretation, the case law discussed below suggest that a party has an obligation to attempt to utilize the DAB provisions before resorting to arbitration.¹⁰⁸

The Swiss Supreme Court Decision,¹⁰⁹ which concerns the FIDIC Red Book 1999, states that in order to form a Dispute Adjudication Board, the parties must enter into a Dispute Adjudication Agreement (hereafter: DAA) that incorporates the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement contained in the annex to the General Conditions. This DAA must be signed by the principal, the contractor, and all members of the DAB individually in order for it to come into force, according to clause 2, paragraph 1 of the General Conditions. If the DAA is not signed by all parties, the DAB is not validly constituted, and the only remedy for a party facing refusal to sign the DAA is to go to arbitration directly pursuant to Sub-Clause 20.8. In the case at hand, the majority arbitrators were correct in finding that the DAB was not in place when the arbitration request was filed because the parties failed to sign a DAA with all of its appointed members.

The Court found that there was no clause to compel the Respondent to sign the DAA and no evidence that the Respondent had been acting in bad faith. The Court said: *„Pursuant to these rules and considering the process of constitution of the DAB, it is indeed impossible to blame the Respondent for losing patience and finally skipping the DAB phase despite its mandatory nature in order to submit the matter to arbitration.“* However, it will not always be the case that a party can simply skip the DAB phase and go directly to arbitration. In *Divine Inspiration Trading 130 (Pty) Ltd v Aveng Greenaker & Ors* an arbitral tribunal held that it did not have jurisdiction to hear a dispute where the DAB process had not been put into operation. Similarly, the High Court in *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd* stayed litigation for the parties to adjudicate under a FIDIC Silver Book 1999 contract.

In the case of *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd*, C initiated court proceedings in the London Technology and Construction Court, claiming that they were entitled to opt out of the requirement in sub-clause 20.2 of the FIDIC Silver Book. They argued that the phrase „or otherwise“ in sub-clause 20.8 was broad enough to allow them to refer a dispute directly to court instead of having it resolved by a DAB. C’s position was that the parties should not be obligated to appoint a DAB

108 See Corbett & Co, Clause 20, 50.

109 Swiss Supreme Court, No. 4A 124/2014.

and that they could opt out of the process. However, the court ruled that the clause should be interpreted narrowly. The Court held that the phrase „or otherwise“ did not give either party a unilateral right to opt out of the DAB process, except in cases where the parties had initially agreed to appoint a standing DAB and that the DAB had ceased to exist by the time the dispute arose. Consequently, the court proceedings were stayed to allow the parties to resolve their dispute using the contractual machinery, i.e., the DAB. The court also rejected the argument that sub-clauses 20.4 to 20.7 of the FIDIC contract were unenforceable due to lack of certainty. Furthermore, the court acknowledged a potential „gap“ in the sub-clauses, where the DAB has made a decision, and one party has given a notice of dissatisfaction, resulting in the DAB's decision not being final. The issue arises when the unsuccessful party refuses to comply with the DAB's decision, and the only remedy available to the other party is to refer the dispute to another adjudication. However, the court did not address this problem, as the contract before it provided for court proceedings rather than arbitration.

The majority of doctrine,¹¹⁰ arbitral and court practice opinion¹¹¹ that the decision of DAB is fundamentally mandatory requirement for the invocation of an arbitration. An immediate appeal to the arbitration or a court is then only possible if a DAB used is no longer available or, at least if the principle of good faith so requires. A violation of the principle of good faith would exist if the party does not appoint a member of the DAB within the prescribed time limit, delays his appointment, prevents or in any other way hinders the implementation of the procedure before the DAB in order to prevent or make it difficult to make a decision.¹¹²

110 Ingrid Andres, „Grenzen der Überlistung des DAB Verfahrens nach FIDIC Einseitiges Opt-out über Ziff. 20.8.?“, *Zeitschrift für Baurecht*, Nr. 6/2015, 525, 527; Matthias Scherer, Sam Moss, „Swiss and English Courts Analyse Enforceability of Multi-tier Dispute Resolution Provision Providing for DAB Proceedings (FIDIC Clause 20)“, *ASA Bulletin*, Nr. 4/2014, 849–853; Domittile Baizeau, Anne-Marie Loong, „Chapter VI, Part X: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses“, *Arbitration in Switzerland: The Practitioners Guide* (Hrsg. Manuel Aroyo), 4th ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, 1451; J. Petkute-Guierene, 3; Christopher R. Seppälä, „The Arbitration Clause in the FIDIC Contract for Major Works“, *Asian Dispute Review*, Nr. 2/2006, 57 ff.

111 See further below *infra*.

112 It is worth noting that English Arbitration Act, art. 9 para. 2 provides as follows: „An application to stay court proceedings may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.“

V Concluding Remarks

FIDIC introduced the multi-tier dispute resolution clause in its suite of contracts to provide a more efficient and tailored approach to resolving disputes typically arising from the complex challenges of the construction industry. The paper explores the dual nature of the DAB, highlighting its procedural role as a pre-arbitration mechanism and its substantive foundation as a contractual body. Created through party agreements, the DAB process reflects the principle of freedom of contract, establishing binding obligations. Noncompliance with DAB decisions constitutes a breach of contract. While resembling elements of expert determination and arbitration, DABs are not arbitral tribunals, and their decisions lack the enforceability of arbitral awards, emphasizing their fundamentally contractual nature.

Together with examining the legal nature of the DAB, we analyzed whether the DAB process aligns with the fair trial requirements under the European Convention on Human Rights. Following a thorough analysis, it was concluded that the DAB complies with these standards and can be recognized and utilized in jurisdictions bound by the ECHR.

A DAB decision is inherently binding but may or may not be final, depending on the circumstances. Specifically, while a DAB decision is initially binding on both parties, it is not necessarily final.

Parties frequently bypass the DAB procedure and proceed directly to arbitration, as claimants often perceive the DAB process as a costly and time-consuming step that delays dispute resolution. This practice raises a critical question: can parties, particularly claimants, lawfully skip the first tier of the FIDIC dispute resolution clause and proceed straight to arbitration, despite being contractually bound by the multi-tier dispute resolution framework stipulated in the FIDIC terms?

Arbitration has long prided itself on upholding party autonomy and respecting the will of the parties. Adhering to the pre-arbitral phase is crucial, as it aligns with the parties' express intent to establish an initial mechanism to address disputes before proceeding to arbitration. Ignoring this preliminary step undermines party autonomy and signals a disregard for the foundational agreement that shapes the arbitration process. Such an approach goes against actively recommended and required practices by national courts, which prioritize honouring the structure agreed upon by the parties.

Long discussion on necessity of DAB is ongoing, challenging the opinion that DAB contributes to the cost and time efficiency, due to the fact that when avoiding DAB, the procedural issues will take significant time and money in order to be resolved in the directly commenced arbitration proceedings. Nonetheless, it is our position that the DAB issues will not

constitute problems in the arbitral proceedings that its necessity was actually respected at the first place, meaning before the arbitration has been commenced. Had the parties actually adhered to the DAB clause, the DAB would potentially fulfil its role.

References

- Andres Ingrid, „Grenzen der Überlistung des DAB Verfahrens nach FIDIC Einseitiges Opt-out über Ziff. 20.8.?“, *Zeitschrift für Baurecht*, Nr. 6/2015.
- Baizeau Domittile, Loong Anne-Marie, „Chapter VI, Part X: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses“, *Arbitration in Switzerland: The Practitioners Guide* (Hrsg. Manuel Aroyo), 4th Ed., Kluwer Law, Alphen aan den Rijn, 2018.
- Baltag Crina, „Not Hot Enough: Cooling-Off Periods and the Recent Developments under the Energy Charter Treaty“, *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. 6, Nr. 1/2017.
- Babić Davor, Pelicarić Fran, „Chapter 7: Validity of the Time Bar under FIDIC Sub-Clause 20.1 in Croatian Law“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Berger Klaus Peter, „Private Dispute Resolution in International Business“, *Negotiation, Mediation, Arbitration*, Volume II, Kluwer Law International, 2006.
- Burr Andrew, „Failure Properly to Constitute a DAB under FIDIC: Some illustrative case notes“, *Yearbook on International Commercial Arbitration*, Nr. 5/2017.
- Cetinel Yasemit, „Chapter 14: Enforceability Issues of Dispute Boards: Considerations for an Efficient Practice in Turkey“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Cotovelea Cremona Ana Maria, „A Comparative View between FIDIC 1999/2017 Editions, Part 1 – Constitution“, *Romanian Arbitration Journal*, Nr. 1/2011.
- Dąbrowska Agnieszka Małgorzata, „Analysis of the FIDIC arbitration clause in the light of international jurisprudence“, *ASEJ Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*, 2019, available at: <https://asej.eu/index.php/asej/article/view/359>, 16. 11. 2024.

- Di Folco Giovanni, „Chapter 3: Relevance and Probative Value of Dispute Adjudication Boards in Arbitration Proceedings“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Dorđević Milena, „Rešavanje sporova iz ugovora o građenju“, *Savremeni problemi pravnog sistema Srbije* (ur. Miloš Živković, Maja Lukić Radović), Beograd, 2023.
- Gagula Almir, Meškić Zlatan, „Termination of the contract under FIDIC – the perspective of Bosnia and Herzegovina“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, Nr. 2/2020.
- Geimer Reinhold, „Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht“, *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz* (Hrsg. Peter Schlosser), Bielefeld, 1994.
- Glover Jeremy, Huges Simon, *Understanding the New FIDIC Red Book*, Sweet and Maxwell, 2006.
- Grabenwarter Christoph, Pabel Katharina, „Article 6“, *EMRK Kommentar*, 7. Auflage, München, 2021.
- Herbert Smith Freehills, Enforceability of Dispute Adjudication Board's Decision in FIDIC Contracts, London, 2015, available at: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/enforceability-of-dispute-adjudication-boards-decision-in-fidic-contracts>, 16. 11. 2024.
- Hök Götz Sebastian, FIDIC/MBD Approach in Respect of DAB, Berlin, available at: <https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2016/02/110bppt-sebastian-hok.pdf>, 16. 11. 2024.
- Jakšić Aleksandar, *Arbitration and Human Rights*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2002.
- Jakšić Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, 10th ed., Beograd, 2018.
- Jolivet Emmanuel, Philip Kucharski, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Nr. 1/2015.
- Michel Nardin, „A Practical Approach on the FIDIC Principles“, *Revista Română de Arbitraj* (eds. Radu Bogdan Bobei), Wolters Kluwer România, Vol. 3, Nr. 3/2009.
- Mortimer-Hawkins Michael, Clause 20, Dispute Resolution, FIDIC Contracts Committee, available at: <https://fidic.org/sites/default/files/24%20CLAUSE%2020,%20DISPUTE%20RESOLUTION.pdf>, 16. 11. 2024.
- Mujezinović Selma, „Upotreba opštih i posebnih uslova FIDIC ugovora u Srbiji – ograničenja i teškoće njihove primene i opasnosti njihove pogrešne primene“, *Pravo i privreda*, Nr. 7–9/2011.

- Nikčević Jovan, „Prethodni (pred-arbitražni) postupak za rešavanje sporova prema FIDIC-ovim opštim uslovima ugovora“, *Pravo i privreda*, Nr. 7–9/2011.
- Oetiker Christian, Walz Claudia, „Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland“, *ASA Bulletin* (ed. Matthias Scherer), Vol. 35, Nr. 4/2017.
- Petkute-Guriene Jurgita, „Chapter 1: Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration)“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Poznić Borivoje, *Građansko procesno pravo*, 5th ed., Beograd, 1976.
- Scherer Matthias, Moss Sam, „Swiss and English Courts Analyse Enforceability of Multi-tier Dispute Resolution Provision Providing for DAB Proceedings (FIDIC Clause 20)“, *ASA Bulletin*, Nr. 4/2014.
- Schoups Marco, de Buyzer Geert, van de Bos Pim, „Demystifying construction disputes and FIDIC“, *Liber Amicorum CEPANI (1969–2019): 50 Years of Solutions* (eds. Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Seppälä Christopher R., „The Arbitration Clause in the FIDIC Contract for Major Works“, *Asian Dispute Review*, Nr. 2/2006.
- Thümel Roderich C., Wiczorek Bernhard, Schütze Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar*, Band V, Berlin, 1995.
- Yasemit Cetinel, „Chapter 14: Enforceability Issues of Dispute Boards: Considerations for an Efficient Practice in Turkey“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. Crina Baltag, Cosmin Vasile), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.

Date received: 18. 11. 2024.

Date accepted: 13. 12. 2024.

УДК: 341.932(497.11) ; 347.232.3

CERIF: S 130

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_24402A

др Сања МАРЈАНОВИЋ*
ванредни професор Универзитета у Нишу – Правног факултета,
Србија

др Ивана СИМОНОВИЋ**
доцент Универзитета у Нишу – Правног факултета, Србија

ТРАСТ – ЗАЈЕДНИЧКИ ИЗАЗОВ ГРАЂАНСКОГ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА И МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ***

Сажетак

У раду размајрамо њрасиј, инсјијуиј широке ѡримене у ѡравима ањло-америчкој сисјема, који код нас није ѡравно уређен. У насјојању да одјоворимо на ѡијање како у нашем ѡраву ѡрисјуијији ѡрасју, ѡроблем размајрамо из два ујла. Најјре из ујла ѡрађанској мајтеријалној ѡрава анализирамо ѡрасју најјриближније ѡравне форме, ѡознаје наснем ѡраву и судској ѡракси (као шјо је фидуција). Затиим ѡо чинимо из

* Електронска адреса аутора: sanja@prafak.ni.ac.rs.
ORCID ID 0000-0001-7560-8254.

** Електронска адреса аутора: ivana@prafak.ni.ac.rs.
ORCID ID 0000-0001-6919-5713.

*** Чланак је резултат рада на пројекту *Одјоворносј у ѡравном и друшјивеном конјексју* који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду од 2021. до 2025. године.

уїла међународної приватної права, указујући на недостїаїке у ирими суйсїиїуције у случају иррасїа, нарочїио из уїла иравне сїурносїи. Будући да два наша закона (о сїречавању ирања новца и о евиденцији сїварних власника) иомињу иррасї, али їа иравно не уређују, иосїоји иравна иразнина, јер је иред овим изазовима и суйсїиїуција немоћна. Ослонцем на Хашку конвенцију о меродавном ираву за иррасї и њеїовом иризнању, указујемо на значај иризнања иррасїа ваљано настїалої у ино-сїрансїву, дирекїтно, без иримене суйсїиїуције. Ово није једини разлої збої кої иредлажемо разматїрање њене раїиификације, већ и заїо шїо она сїречава злоуїоїребу иррасїа.

Кључне речи: Трасї. – Фидуцијарни иравни иосао. – Хашка конвенција о меродавном ираву за иррасї и њеїовом иризнању. – Суйсїиїуција. – Правна сїурносї.

I Увод

Непостојање везе између правних института припадајућих различитим правним системима носи са собом разноврсне правно-техничке проблеме, посебно уочљиве код оних правних односа који могу изазвати правно дејство и изван државе по чијим су правилима успостављени. Траст, институт широке примене у англо-америчком праву, непознат је већини права европско-континенталног правног система. У овим правима налазимо неколико правних установа, које, својом структуром или циљевима, више-мање, могу одговорити неком од задатака стављених пред траст. Појединачно, ипак, ниједна од њих не постиже флексибилност у управљању имовином и остваривање разноврсних циљева својствених трасту. Циљеви који се у англо-америчком праву постижу трастом, збиља, јесу такви – разноврсни: почев од управљања породичном имовином, расподеле заоставштине по жељи оставиоца која одступа од законских и завештајних правила наслеђивања, преко оснивања инвестиционих и пензионих фондова, обезбеђивања потраживања, све до удруживања мањинских акционара ради остваривања бољег положаја у управљању привредним друштвом. Прилагодљивост јесте важна карактеристика траста, као специфичног правног аранжмана и форме уређења имовинских односа. Отуд је могуће, осим правним послом као уобичајеним основом, траст установити непосредно судском одлуком – уколико је потребно заштитити једну страну правног односа од неоснованог умањења њене имовине.

Како треба одговорити на траст у европско-континенталном правном систему? У већини правних поредака овог система траст није правно уређен,¹ већ се истоветни или приближни имовински учинци постижу другим правним средствима и институтима. Често, сами за себе, они нису довољни, те се морају међусобно комбиновати и тако, заједно, остварити учинке које би енглески правник постигао једним јединим институтом – трастом.

Неколико је правних института који би у европско-континенталном правном систему могли одговорити задацима стављеним пред траст: задужбине и фондације, старатељство, фидуцијарни правни послови, плодуживање, неколико уговора заснованих на налогу, уговор у корист трећих лица. Ниједан од побројаних (и других непоменутих) института нема суштинску одлику траста којој овај дугује флексибилност и универзалност примене. Реч је о подели својинских овлашћења и интереса поводом исте ствари на различите субјекте – на повереника (трасти – *trustee*) и корисника траста (бенфицијар – *beneficiary*). Повереник, мада номинални власник, суштински управља повереном му имовином у корист бенефицијара – корисника траста. Не само да се разлучује управљање трастом од користи која из тог произлази, већ се установљавају и два различита типа својине: повереник има законску својину (*legal title*), а корисник – посебан, правно признат, интерес на имовини унетој у траст (*equitable title*).²

Поставља се, стога, питање – да ли је европско-континенталном правном систему траст потребан и, ако јесте, који је најбољи метод његовог уређења? Одговор на постављену дилему захтева да се проблем сагледа из угла двеју грана нашег права – грађанског материјалног

1 У праву Републике Србије траст није посебно правно уређен. Помиње се у Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Службени гласник РС*, бр. 113/2017, 91/2019, 153/2020 и 92/2023) и Закону о Централној евиденцији стварних власника (*Службени гласник РС*, бр. 41/2018, 91/2019, 105/2021 и 17/2023) у члановима којима се објашњају употребљени појмови. Евиденцијом стварних власника настоји се спречити злоупотреба правног лица или другог облика организовања, познатог нашем праву или не, за остварење недопуштених циљева. Траст је наведен као једна од таквих форми чији се стварни власник мора евидентирати. Појашњење траста и правних односа, по структури или функцији, сличних трасту (наведен је, поред осталих, и фидуцијарни правни посао) дало је Министарство финансија, Управа за спречавање прања новца, у Смерницама за утврђивање стварног власника странке и Смерницама за евидентирање стварног власника регистрованог субјекта у Централној евиденцији (Број: ОП-000329-0019/2019 Београд, 24. фебруар 2020. године).

2 Задата тема ограничава нас у истраживању овог феномена. Стога упућујемо на литературу: Ивана Симоновић, „Траст (trust) и његови упоредиви правни институти у европско-континенталном правном систему (први део)“, *Одговорности у правном и друштвеном контексту*, књ. 3 (ур. Небојша Раичевић), Ниш, 2023, 257–276.

права и међународног приватног права. Разлог за такав мултидисциплинарни приступ лежи у проблемима које установа непозната домаћем праву изазива и у сфери међународног приватног права, али и у сфери грађанског права. Наиме, међународно приватно право располаже својим посебним техникама тумачења установа насталих по страном меродавном праву приликом њиховог уношења у домаћи правни систем. Приликом примене тих техника тумачења, међународно приватно право се, по природи ствари, нужно ослања на национално грађанско право, чије норме тумачи у другој фази теста еквиваленције. Имајући то у виду, рад је подељен на део у коме се посматрају разноврсни облици траста и траже евентуално еквивалентне установе домаћег права, док је у другом делу траст сагледан из угла техника тумачења којима се служи међународно приватно право уз детаљнији осврт на потенцијални значај Хашке конвенције о меродавном праву за траст и његовом признању (1985) коју наша држава није ратификовала.

II Појмовно одређење траста

Одређивање траста једном свеобухватном дефиницијом, подељеном да искаже све његове структуралне и функционалне карактеристике, није једноставан задатак, јер он у англо-америчком праву, одакле потиче, служи остваривању разноврсних сврха. На најопштијем нивоу, можемо рећи да је траст правни однос или скуп правних односа – нарочити правни аранжман – у ком је једна особа титулар имовине само номинално, а заправо ју је дужна користити у интересу другог или ради остварења нарочите сврхе. Оснивач траста (*settlor*) издваја из своје имовине одређени део и преноси га поверенику (*trustee*) са обавезом вршења пренетих имовинских права (најчешће својине на непокретним и покретним стварима) искључиво у корист бенефицијара (корисника, *beneficiary*) или ради остварења општекорисног циља.

У *Нацрту заједничкој референцијној оквиру за европско приватно право* траст је дефинисан као правни однос у ком је повереник дужан управљати или располагати повереном имовином (фондом траста, који је одвојен од повереникове личне или друге поверене имовине) у складу с правилима оснивања траста, у корист бенефицијара или ради остварења општекорисне сврхе.³

3 Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (eds. Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, Hugh Beale, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Mathias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano, Fryderyk Zoll), München, 2009, art. X.–1:201.

У Конвенцији о меродавном праву за траст и његовом признању (даље: Конвенција Траст),⁴ појам траста није дефинисан, већ су наведене његове и карактеристике правних односа који се заснивају између оснивача, повереника и корисника траста. Овакво опредељење последица је намере писаца Конвенције да се она примени и у земљама у чијем праву нема одредаба о трасту или њему сличним правним институцијама: ратификовањем Конвенције Траст, држава омогућава и гарантује дејство траста основаног у иностраној држави и на својој територији. Тиме се приближавају два велика правна система: европско-континентални, коме је траст непознаница, и англо-амерички, који се трастом служи за постизање разноврсних циљева, како приватног тако и јавног права.⁵

У члану 2 Конвенције Траст одређено је у ком се значењу користи термин траст и које су његове карактеристике. Траст (*trust*) је правни однос створен за живота оснивача (*settlor*) или по његовој смрти поверавањем одређеног дела имовине (*assets*) поверенику (*trustee*) који је дужан њоме управљати и располагати у корист другог (корисника – *beneficiary*) или ради остварења одређене сврхе (ст. 1). Карактеристике траста на које се указује у ст. 2 Конвенције су: поверена имовина представља посебан имовински фонд, одвојен од повереникове имовине; титулар пренетих права је повереник или друга особа у његово име; повереник је овлашћен и обавезан повереном имовином управљати и располагати сходно условима одређеним у акту о оснивању траста и закону; повереник је одговоран за уредно испуњење својих обавеза.⁶

Траст се развио из потребе раздвајања управљања стварју од њеног уживања. Поверенику, додуше, преноси се својина на издвојеним предметима, али ради управљања њима и убирања плодова и прихода, који се предају кориснику траста. Формалноправно, повереник јесте власник, на шта указује формална садржина преноса. Суштински и функционално – он је управитељ поверене имовине, што сазнајемо из његовог унутрашњег односа с преносиоцем (*settlor*).⁷ С обзиром на такав положај, повереник има нарочиту обавезу лојалности према кориснику траста (*duty of care and loyalty*), с којим је у фидуцијарном правном односу. Обавезан је савесно и прудентно вршити пренета права, јер је

4 Конвенција о меродавном праву и признању траста из 1985. године (*Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*; даље у тексту и фуснотама: Конвенција Траст).

5 Детаљније о Конвенцији Траст вид. *infra* V и VI.

6 Одређивањем карактеристика траста, уместо његовог дефинисања, омогућена је примена Конвенције на сличне правне односе уколико њихове карактеристике одговарају овим наведеним у другом ставу. Вид. *infra* V.

7 И. Симоновић, 259.

то претпоставка остваривања намере оснивача траста – да имовина унета у траст дугорочно служи интересима корисника или општекорисној, редовно добротворној, сврси коју је одредио актом о оснивању.⁸

На основу наведеног, можемо закључити да је траст правно обавезујући однос, на који се примењују правила права *equity*, установљен између повереника и корисника, поводом одређене имовине (*trust fund, trust property*). Имовину траста одређује оснивач, издвајањем из своје имовине посебног фонда и његовим преношењем у својину повереника. Издвајање имовинског фонда праћено је, с једне стране, именовањем корисника и одређивањем права која му припадају, и, с друге стране, прекидом везе са оснивачем и његовим утицајем на траст.⁹

III Врсте траста

Определили смо се за разврставање траста у посебне групе према његовим функцијама, јер нам се чини да ћемо тако јасније уочити пандане у правима европско-континенталног система.¹⁰ Поред овог функционалног критеријума, врсте траста могу се одредити и према основу настанка. Постоје изричит траст, основан изјавом воље свог оснивача (*express private trust*), и неколико различитих врста траста којима је једино заједничко да настају непосредно на основу чињеница законом предвиђених, а не изјавом воље оснивача. У ову групу убрајају се траст конституисан судском одлуком којим треба спречити неосновано умањење имовине одређене особе (*constructive, judiciary trust*) и траст установљен над преосталом имовином траста којој оснивач није

8 За потпуно разумевање траста неопходно је упознати се с концепцијом енглеског материјалног права (посебно имовинских интереса који се могу имати у односу на ствар) и посебних судова који су га у нарочитом поступку штитили (*equity law, equity courts*). Изабрана тема ограничава нас у овом објашњењу, стога упућујемо на: Peter Birks (editor), *English Private Law*, vol. I, New York, 2000, 277–278; Андрија Гамс, „Траст у англо-америчком систему права“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/1957, 300–301; Ђурица Крстић, „Институт траста (trust) у англо-америчком праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–3/1998, 104–105; Срђан Владетић, „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. LVIII/2011, 113–114; И. Симоновић, 260, 265–269.

9 И. Симоновић, 262–263.

10 Разврставање заснивамо на Вотерсовој подели (Donovan W. M. Waters, *The Institution of trust in civil and common law*, Hague Academy of International Law: Recueil des Cours, Nr. 252, Hague, 1995, 113–453). Функционални критеријум користе и Дајер и Ван Лон (Adair Dyer, Hans Van Loon, „Report on Trusts and Analogous Institutions“, Preliminary Document No 1 of May 1982, *Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trusts – applicable law and recognition* (édités par le Bureau Permanent de la Conférence), Hague, 1985, 10–108).

одредио намену (до утврђења коме ће припасти те преостале користи, *residual/resulting/returning trust*).¹¹

1. Породични траст

Траст основан за живота, завештањем или правним послом *inter vivos*, у корист чланова породице, историјски посматрано, најстарија је врста траста. Оснивањем траста и задржавањем породичног имања унутар породице, њен најстарији члан настојао је обезбедити супружника, малолетну децу, пунолетне али пословно неспособне чланове, те сваког другог члана невичног управљању имовином (због болести, старости, расипништва итд.). Оваквим приватним трастовима установљаван је план управљања породичном имовином коју је глава породице (редовно мушкарац) номинално преносио на поверљиву особу да њоме управља и располаже у корист чланова његове породице, на начин који је сâм одредио. Данас се повереници, уместо међу блиским поверљивим особама, налазе међу банкама или адвокатима специјализованим за управљање имовином траста.¹²

Породични *inter vivos* траст, у форми *use*, усталио се у 12. веку, током Крсташких ратова.¹³ У савременом англо-америчком праву оваква су имовинска располагања често мотивисана жељом да се избегне јавност завештајних располагања и/или плаћање пореза на пренос имовине *mortis causa*.¹⁴ Њихова је предност у могућности установљавања за себе плодуюживања или другог редовног прихода од имовине унете у траст, коју ће, по смрти оснивача, повереник пренети у својину једном кориснику или неколицини, истовремено или сукцесивно. Оснивачу траста припада редован приход, уз очување главнице капитала за будућу генерацију, тј. кориснике траста. Актом о оснивању траста

11 Luc Thévenoz, „Trust: The Rise of a Global Legal Concept“, *European private law: A Handbook*, vol. II (eds. Mauro Bussani, Franz Werro), Berne, 2014, 15–17; Peter Birks (ed.), *English Private Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 279–282. Поделу према основу настанка објаснили смо у посебном раду. Вид. фн. 2.

12 Бивало је такође да оснивач траста својој имовини намени општекорисни циљ, попут подстицања културе и науке, или помагања сиромашнима и болеснима, а да њено управљање повери цркви или монашком реду. Веза с претходном врстом траста установљава се преко имовине: у обама случајевима оснивач располаже својом имовином, трајно је намењујући другом – кориснику или општекорисној и добротворној сврси.

13 Пре одласка у крсташке походе, племићи су своја имања поверавали пријатељима или рођацима на управљање у корист супруге и деце, са обавезом да им буду враћена по повратку или, у случају њихове смрти, предата наследницима у својину.

14 D. Waters, 283. Оснивање траста подлеже посебним пореским правилима и олакшицама.

оснивач може овластити повереника на дискреционо улагање не само прихода, већ и главнице (која од момента оснивања траста припада корисницима) уколико његови садашњи приходи постану недовољни.¹⁵

У правима европско-континенталног правног система, упореди-во је овакво располагање с плодуживањем, током чијег трајања плодуживаоцу (оснивачу траста) ствар/имовина припада до границе *salve rerum substantia*, а власнику (корисницима траста) *nudum proprietas*. Оснивач траста постаје плодуживалац, а корисници, по његовој смрти, власници ствари/имовине. Уколико их је више, њихово стицање може бити истовремено или сукцесивно.

Савремени породични траст може се основати и ради збрињавања одраслих чланова породице који се не могу самостално бринути о себи или својим имовинским интересима (попут расипника). Имовински фонд траста вољом оснивача може се увећавати како би био довољан за задовољење корисникових потреба, за живота оснивача и, важније, по његовој смрти. Поверенику ове врсте породичног траста, осим управљања имовином и њеног брижљивог улагања, неретко је поверена и старатељска улога коју преузима по смрти родитеља – оснивача траста.¹⁶ Овде је реч о заштитном трасту (*protective trust*) којим се штити имовина корисника од њеног непромишљеног трошења: повереник (номинални власник) обавезан је на редовну исплату прихода кориснику – расипнику, у мери потребној за његов пристојан и достојанствен живот, без погодовања расипничким навикама.

Неретко се повереникова улога проширује на свеукупно старање о кориснику чиме се заштитни траст приближава старатељству европско-континенталног права, у ком је старатељ дужан старати се како о личним тако и о имовинским интересима свог штићеника.¹⁷ У обављању послова редовног управљања старатељ је самосталан, док му је за оне који излазе из овог оквира и постају послови располагања, неопходна претходна сагласност органа старатељства.¹⁸ У трасту, начелно, нема оваквих ограничења, јер се повереник легитимише као (номинални) власник/титулар имовине, што указује на самосталност у вршењу пренетих права. Сврха оснивања траста, ипак, намеће одређене дужности повереника, и оне делују као ограничења: служење интересима корисника и, с тим повезано, избегавање сукоба интереса, полагање

15 *Ibid.*, 284. Будући да приход од таквог капиталног улагања припада оснивачу, уместо да буде резервисан за кориснике, овакво располагање дозвољено је само ако је оснивач тако предвидео актом о оснивању траста и утврдио јасне разлоге за то.

16 D. Waters, 285.

17 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015, чл. 135–140.

18 Породични закон, чл. 140 ст. 2.

рачуна о свом раду и одговорност личном имовином за управљање и располагање имовином траста супротно утврђеним правилима.

2. Траст у привредној делатности

Савремени траст, из сфере породичних и наследних односа, улази у поље глобалне економије, постајући средством обављања привредних активности (*trusts in business and commerce*), улагања у хартије од вредности (*investment trust*), обезбеђивања потраживања (*loan security trusts*), или формом путем које ће мањински акционари, удруживањем својих удела, остваривати утицај на одлучивање управног одбора компаније (*voting trust*).

Пре него што будемо почели објашњавати ову врсту траста, ваљало би се још једном подсетити на подесност траста као правне форме за остваривање широког спектра имовинско-правних циљева. За неке од њих бисмо у европско-континенталном правном систему користили друге правне форме и инструменте стварноправног или облигационог карактера.

Издвојићемо две значајне употребе траста у пословању: као инвестиционог фонда и као средства обезбеђења.

а) Инвестициони траст (*investment trust*)

Инвестициони траст оснива се ради прикупљања и улагања средстава, те остваривања прихода по том основу у корист бенефицијара (приватни траст) или општекорисну сврху (јавни непрофитни траст, *non-profitable public trust*). Породични траст, пензиони фондови и инвестициони фондови за финансирање значајних инфраструктурних јавних радова припадају овој врсти.¹⁹

Прикупљање капитала за финансирање већих и значајних пројеката, приватних и јавних (посебно инфраструктурних) може се организовати у форми инвестиционог траста. За уложени капитал појединци и правна лица добијају удео у трасту²⁰ и право на исплату неке врсте дивиденде, чија висина зависи од тржишног вредновања хартија од вредности и других финансијских инструмената у које је повереник уложио имовину траста.²¹

19 D. Waters, 316.

20 Овај удео еквивалент је деоницама/акцијама чланова акционарских друштава. По енглеском термину за удео – *unit* – ова врста трастова названа је *unit trusts*.

21 D. Waters, 327.

Интересантни су и инвестициони трастови у области некретности (*real estate development trusts*). Образују се удруживањем у заједнички имовински фонд малих некретнина у својини различитих власника, којима управља исти повереник, често инвестициона компанија. Власници непокретности стичу удео у заједничком трасту основаном као привредно друштво (*unit holders in trust company*) и постају његови корисници, за чији рачун се купују и продају тржишни инструменти ради остваривања прихода.²²

Није једноставно указати на тачно одређен институт који би у правима европско-континенталног правног система могао послужити циљевима инвестиционог траста. У обзир би могли доћи различити облици организовања привредних субјеката или финансијске институције, којима је, домаћим правом, дозвољено улагање капитала у некретности или хартије од вредности. За разлику од траста, они имају својство правних лица и чврсту организациону структуру.

б) Пензиони *трасџ* (*pension trust*)

У пензиони траст сливају се средства обезбеђена од послодавца, понекад и запослених, која ће им бити исплаћивана у случају повреде на раду или одласка у пензију. Трастом као пензионим фондом обезбеђује се исплата пензија запосленом или његовој породици за случај смрти запосленог. Поред тога, обезбеђује се и здравствено и социјално осигурање запосленом и његовој породици (супружнику и малолетној деци), због чега пензиони трастови морају садржати детаљну шему социјалног, здравственог и пензионог осигурања, али и инвестициони план улагања имовине траста како би се обезбедили стални и стабилни приходи њихових корисника – запослених и пензионера послодавца као оснивача.²³

Сврха пензионог траста може се постићи и закључењем уговора о осигурању са осигуравајућом организацијом, где премију осигурања уплаћује послодавац за свог запосленог (уговор о осигурању у корист трећег) или сâм запослени. С обзиром на то да је ово дуготрајан уговорни однос са испуњењем – исплатом осигуране суме по одласку у пензију запосленог, и да осигуравајућа организација уплаћене премије улаже у

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, 316. Послодавац је истовремено и оснивач и повереник пензионог траста, али су ове две његове улоге строго одвојене. Повереничке обавезе испуњава као и сваки други повереник, тако да су његова лична и имовина привредног субјекта строго одвојене од имовине траста и не смеју се мешати. Самосталност и одвојеност ових трију имовина корисницима обезбеђује сигурност, јер се послодавчеви повериоци не могу наплатити из имовине пензионог траста.

хартије од вредности, ризик њених улагања сноси осигураник (запослени). Ради смањења ризика улагања и обезбеђивања надзора над употребом уложених средстава, осигурање бива замењено трастом, у коме улогу повереника и члана управног одбора траста, осим послодавца, добија и представник запослених. Његова улога иста је као улога било ког другог повереника: дужан је старати се о опрезном улагању фонда у сигурне хартије од вредности или у некретнине, које ће давати редован и стабилан приход, те бити довољне за исплату пензија запосленима по њиховом пензионисању. Корисници оваквог траста нису одређени именом и презименом, већ својим статусом запосленог; сваки нови запослени постаје корисник траста; у случају промене послодавца, његове се уплате преносе у фонд новог послодавца и остају њему намењене.²⁴

в) Трасџ као средсџво обезбеђења

Траст се може користити и као средство обезбеђења повериоцевог потраживања. Имовински фонд овакве врсте траста сачињен је од средстава обезбеђења којима дужник (лични или реални) гарантује уредно испуњење обавезе, али и пристаје да се, у случају доцње, из њихове вредности наплати доспело повериоцево потраживање. До доспелости обезбеђењеног потраживања, средства обезбеђења (акције и друге хартије од вредности које се могу уновчити, затим непокретне и покретне ствари) налазе се у трасту којим управља повереник.²⁵

У правима европско-континенталног система, фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења упоредив је с овом врстом траста. Веза између траста чијом имовином оснивач (уједно и дужник) гарантује уредно испуњење својих обавеза (*security interest trust*) и фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења може се наћи у истоветној сврси. Оба инструмента „пружају повериоцу/бенефицијару гаранцију враћања кредита, а дужнику/оснивачу траста коришћење ствари које служе за обезбеђење, што му, уједно, омогућава добијање новца неопходног за отплату кредита.“²⁶

Фидуцијарни правни посао ради обезбеђења сачињен је од два узрочно-последично повезана правна односа.²⁷ Један је спољашњи, установљен уговором о фидуцијарном преносу фидуцијантовог права

24 Детаљно о методима обрачуна пензије из имовине траста вид. D. Waters, 318–319.

25 *Ibid.*, 316.

26 Љиљана Ђуровић, „Уговор о фидуцијарном преносу својине“, *Правни животи: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 10/1998, 812.

27 Професор Шмалцељ ову двострукоост правних односа означава комбинацијом властништва и заложног права. Želimir Šmalcelj, „Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu“, *Naša zakonitost*, br. 3/1969, 194.

својине на фидуцијара ради обезбеђења његовог потраживања. Други је унутрашњи правни однос – *factum fiducie* – којим се фидуцијар обавезује пренето му право вратити фидуцијанту или пренети трећем, по испуњењу договорених услова, тј. по намирењу свог потраживања. Овај уговор најчешће је непознат трећим особама, што овај облик обезбеђења чини ризичним. Њиме се обим вршења садржине пренетог права (својине или потраживања) условљава економском сврхом, тј. разлогом закључења уговора. Уколико фидуцијант-дужник буде испунио своју обавезу фидуцијару-повериоцу, овај ће му право вратити. Неиспуњењем, пак, обавезе, укида се фактичко ограничење фидуцијаревих овлашћења на ствари (правних нема, јер је он у очима трећих ималац потпуног права). Као поверилац, његово је право да се, у складу са законом, намири из вредности ствари/пренетог потраживања или, тамо где је дозвољено, ствар задржи за себе.²⁸

Осим ради обезбеђења, фидуцијарни правни послови могу се закључивати ради управљања имовином фидуцијанта (преносиоца), заступања или других врста употребе пренетих права у његову корист. Посматрајући положај учесника фидуцијарног правног посла (фидуцијанта, фидуцијара и корисника) и сврхе због којих се закључује, можемо рећи да се овај посао највише приближио трасту, због чега заслужује подробије објашњење.²⁹ Вратићемо се томе након објашњења трастова основаних ради остварења општекорисних сврха.

3. Наменски или траст основан у општекорисне и добротворне сврхе (*charitable purpose trust*)

Изразом наменски траст (*purpose trust*) означавамо траст који нема корисника, већ је основан ради постизања одређена сврхе, редовно добротворне и општекорисне. Постоје и такви наменски трастови којима сврха није делање у ширем друштвеном интересу, већ пословање

28 Допуштена комисорна клаузула или марцијански пакт.

29 Указивања на фидуцију као правни аранжман уређења имовинских односа европско-континенталног права најближег трасту има и у иностраној литератури. Често се означава правим, али недовољно коришћеним, супститутом за траст, његовом сестром близнакињом (Leraulle), повезаним истоветношћу својих функција и метода којим се оне остварују. Супротно преовлађујућем ставу о трасту као оригиналној творевини англо-саксонског права (Maitland, Zweigert, Kötz), изнети су убедљиви аргументи да корене траста, заправо, треба потражити у фидуцији римског права (Johnston) или установи старог германског права – *Salman*, из ког се касније развио савремени немачки пандан трасту – *Treuhand* (Scott), дакле – у континенталном праву. Заинтересованог читаоца о историјском развоју траста и њему сличних института пупућемо на изванредан зборник радова Richard Heimholz, Reinhard Zimmermann (eds.), *Itinera Fiducie, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998.

или финансијско улагање (*a non-charitable purpose trust*). У већини држава које су траст правно уредиле, овакви трастови нису дозвољени, па се они измештају на офшор одредишта.³⁰

Уобичајен је став судова земаља англо-америчког правног система да се правно утужив захтев за испуњење рађа само из трастова основаних у корист одређене или одредиве особе, као активно легитимисане да од повереника захтева уредно испуњење повереничких обавеза или повраћај ствари отуђене из имовине траста трећој несавесној особи. Трастове којима је намењено испуњење општекорисних циљева штитила је Круна и тако подстицала богате особе да део своје имовине добротчино намене оваквој сврси. Добротчини траст назива се и јавним (*charitable or public trust*) јер је намењен читавој заједници, за разлику од приватног породичног траста (*private trust*) са једним или више одређених корисника, редовно чланова породице или других, оснивачу блиских, особа.³¹

На добротворне трастове не примењује се правило о временски ограниченом трајању, важеће за све остале врсте (*the rule against perpetual duration*), чиме се подстиче добротчино делање организација. Овакви трастови теоријски могу трајати вечно, чак и поклонити своју имовину другој добротворној установи по испуњењу сопственог општекорисног циља.³²

У европско-континенталном правном систему пандан трастовима основаним у добротворне сврхе или зарад остваривања другог општекорисног циља могу бити задужбине, које се оснивају и у *common law* правном систему, под називом добротворне фондације. У оба правна система, задужбине јесу установе без чланова, чија имовина служи корисницима и сврси коју је оснивач одредио.³³ Поредићи их с трастом,

30 Наменски профитабилни траст први пута основан је на Бермудским острвима, познатом пореском рају.

31 Добротчини траст оснива се ради помагања сиромашним, у верске сврхе, подстицања образовања или у другу сврху одређену Статутом из 1601. године (*The Statute of Charitable Uses*) којим је законски уређена област добротчиног деловања. D. Waters, 307. Од тог доба донето је много судских одлука које се, уз поменути статут, примењују на јавне трастове. Државе англо-америчког правног система подстичу оваква улагања имовине, пружајући оснивачима бројне пореске погодности.

32 D. Waters, 310. Добротворни трастови преовлађујућа су форма у Енглеској и Новом Зеланду, док се у САД-у и Канади за остваривање општекорисног циља чешће оснивају фондације, којима, уместо повереника, управљају и њиховом имовином располажу директори.

33 Задужбина јесте правно лице без чланова којем је оснивач наменио одређену имовину ради добротчиног остваривања општекорисног циља или приватног интереса који није забрањен Уставом или законом. Фондација се оснива из истих разлога као и задужбина, али без почетне (основне) имовине. Ово је битна разлика

одмах уочавамо битну разлику: задужбине имају статус правног лица, док траст нема сопствени субјективитет. Сличност је у наменском издвајању имовине да, без накнаде (доброчином), служи интересима (унапред неодређених али одредивих) корисника и остварењу општекорисног циља.³⁴

IV Фидуцијарни правни посао – институт најприближнији трасту?

1. Одређивање појма и циљева фидуцијарног правног посла

У континенталном правном систему ретко се налазе права у којима је фидуција именован правни посао.³⁵ У пракси се, ипак, бележе и овакви споразуми, изазвани потребама привредне праксе и потпомогнути судским одлукама о свом дејству и допуштености. Од нама географски најближих земаља, у Црној Гори је већ 1996. донет Закон о фидуцијарном преносу права својине,³⁶ деценију касније замењен Законом о својинскоправним односима Црне Горе.³⁷ Овде је фидуцијарној својини одређена улога средства обезбеђења,³⁸ што примећујемо и у

у односу на траст, ком је имовина конститутивни елемент. Средства потребна за остварење своје сврхе, фондација ће прибављати након оснивања, од добровољних прилога, поклона, донација, заоставштина, финансијских субвенција, прихода од улагања имовине, али и вршењем привредне, као споредне, делатности. Закон о задужбинама и фондацијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2010, 99/2011 и 44/2018, чл. 2, 12 и 44–46.

- 34 Циљеви оснивања задужбина и фондација одређени су чланом 3 Закона о задужбинама и фондацијама.
- 35 Луксембург (1983, *the contrat fiduciaire*), Француска (2007, фидуција као посебна врста уговора, дозвољена само у привредној делатности, за управљање имовином или као средство обезбеђења), Сан Марино (уређени су и траст и фидуцијарни правни послови – *affidamento fiduciario*). У румунском Грађанском законнику из 2011. уређена је фидуција, која се може основати уговором или установити судском одлуком. Чешки Грађански законик из 2014. уређује траст. У белгијском Законнику о међународном приватном праву садржане су одредбе о меродавном праву за траст. У Италији, која је прва ратификовала Конвенцију Траст, примењује се *trust interni*, основан у Италији, али у целости уређен страним као меродавним правом. Видети и: Alexandra Braun, „The framing of a European law of trusts“, *The worlds of the trust* (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 277–304.
- 36 Закон о фидуцијарном преносу права својине, *Службени лист Црне Горе*, бр. 23/1996.
- 37 Закон о својинскоправним односима Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 19/2009.
- 38 Детаљно у Мирослав Лазић, Нина Планојевић, „Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе“, *Правни живои: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 10/2011, том. II, 511–528.

хрватском праву, у коме је Овршним законом фидуцијарно осигурање потраживања уређено у глави Судско и јавнобилежничко осигурање пријеносом власништва на ствари и пријеносом права.³⁹ Законом о власништву и другим стварним правима, на темељу правног посла, допуштена су шира ограничења права својине, тако да се условом, роком или теретом могу створити претходна и потоња својина, с дејством према трећим особама уколико буду уписана у земљишну књигу или другу јавну евиденцију једнаке функције (чл. 34 Закона).⁴⁰

Слично трасту, фидуцијарним преносом права својине могу се постићи различити циљеви (у претходном делу објаснили смо само један циљ – обезбеђење потраживања). Разлог томе може се пронаћи у природи и структури фидуцијарног правног посла, који заслужује подробнију анализу.

Фидуцијарним правним послом обавезује се преносилац (фидуцијант) пренети на стигаоца (фидуцијара) неко своје право (најчешће то је право својине или потраживање) које ће овај вршити у интересу преносиоца или трећег, и, по испуњењу договореног резултата, пренети назад фидуцијанту или трећем. Фидуцијарним правним послом могу се остварити разноврсни учинци. У описаном моделу, фидуција је установљена у корист фидуцијанта (*fiducia cum amico contracta*), јер ће фидуцијар управљати његовом имовином или га заступати.⁴¹ Но, она се може уговорити и у корист фидуцијара (*fiducia cum creditore contracta*)⁴² или у корист обеју страна.⁴³

39 Овршни закон (*Narodne novine*, br. 112/2012).

40 Законом о власништву и другим стварним правима (*Narodne novine*, br. 81/2015 (prečišćen tekst)). До испуњења рока, услова или обезбеђене тражбине, претходни власник дужан је са ствари поступати обзирно, уважавајући и штитећи интересе онога ко чека да тиме постане власник (потоњи власник). Положај претходног власника подсећа на фидуцијарев и сва његова располагања учињена пре наступања услова, протека рока или испуњења обавезе, престају с дејством *ex tunc*. Имајући у виду ову последицу, у литератури се указује на то да је предмет претходног власништва, због природе права, практично одвојен од имовине претходног власника. Tomislav Karlović, „Fiducijarni prijenos vlasništva i trust – uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i njegovom priznavanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3/2018, 588.

41 Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, 249.

42 У теорији наилазимо на поделу фидуцијарних правних послова на чисте, закључене искључиво у корист фидуцијанта, и мешовите, који служе и интересима фидуцијара (обезбеђење потраживања). Подела на отворене (трећим особама познате) и прикривене фидуцијарне послове (њима непознате) такође је вредна пажње, посебно у стечају. У отвореној фидуцији, фидуцијарев стечај фидуцијанту даје излучно право ствари коју је пренео у фидуцијарну својину. Вид. Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, осмо издање, Београд, 1990, 253–254.

Без обзира на субјекте чијим интересима фидуција првенствено служи, увек јој је својствено да фидуцијар постаје искључиви титулар пренетог права или имовинске целине (а не појединих из права изведених овлашћења) иако економска сврха посла (прави разлог закључења посла) то не захтева. Отуда произлази и друго битно обележје фидуције⁴⁴ – разилажење њене правне садржине од економске сврхе,⁴⁵ чега су сауговарачи свесни и усмерени на постизање таквог учинка. Под условом да ова несагласност није усмерена на изигравање прописа, постизање недозвољеног циља, те усмерена према трећим особама, оваква фидуција је дозвољена.⁴⁶ Принцип аутономије воље говори у прилог допуштености оваквих располагања.⁴⁷

Посматрано из угла циљева који се постижу фидуцијом – управљање имовином, заступање, обезбеђење потраживања – можемо рећи да је фидуција подесан модел остваривања разноврсних учинака, од којих би већина могла бити постигнута и другом формом, намењеном том специфичном циљу. Тако се управљање фидуцијантовом имовином или његово заступање могу постићи закључењем уговора о заступању или другог (неименованог) уговора којим се послови редовног или ванредног управљања поверавају другом. Обезбеђење потраживања, као

43 Želimir Šmalcelj, „Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu, I“, *Naša zakonitost*, br. 2/1969, 120–121; Zoran Rašović, *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997, 11. Према: Љ. Ђуровић, 812, фн. 5.

44 Прво је пренос на фидуцијара свих овлашћења садржаних у стеченом праву. Ако је предмет преноса било право својине, фидуцијар постаје власник, тј. поверилац – ако је потраживање било предметом преноса. Потпуно стицање права, истовремено и макар формално, гаси право фидуцијанта.

45 Тврдњу да се фидуцијарним правним послом право преноси само формално најбоље разумемо посматрањем везе фидуцијарно пренетог права с имовинама учесника преноса. Право је формално у имовини фидуцијара, али се његова економска садржина, тј. економски интерес које то право штити, налази у фидуцијантовој имовини. Фидуцијарев се интерес поклапа са сврхом којој фидуција треба да послужи – обезбеђење потраживања, управљање имовином, ограничена употреба ствари – и утолико је ужи од интереса фидуцијанта. Видети и: Андрија Гамс, „Нешто о фидуцијарним правним пословима“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1960, 33–34.

46 Д. Стојановић (1990), 255; Љ. Ђуровић, 812.

47 У домаћој теорији фидуцијарна својина означава се као право *sui generis*, јер има два субјекта и као један облик траста континенталног права (*trust property*) којим се премешта различито поимање својине ових двају правних система (Љ. Ђуровић, 825), затим као институт који у највећој мери подсећа на траст (Бојан Пајтић, „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права с правом Европске уније – фидуцијарно обезбеђење потраживања“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 4/2012, 300), чак и као подврста уговора о налогу, јер својом каузом највише на њега подсећа (Д. Стојановић (1990), 255).

још једна могућа сврха фидуцијарног преноса права, већ има своје законом уређене инструменте: ручну залогу, хипотеку, бездржавинску залогу (регистрована хипотека). Ови правни послови, на темељу аутономије воље и у њеним границама, произвешће пуноважно, себи својствено, правно дејство, притом, неоптерећени разилажењем видљивог правног дејства од истинске економске сврхе. Правна сигурност овде није на провери као што је код фидуцијарних преноса права.

Уколико је тако, зашто се фидуција, позната још у римском праву, у пракси одржала до данас, незамењена новим правним институтима? Одговор треба тражити у њеној изузетној прилагодљивости захтевима актуелног тренутка, посебно савременим моделима финансирања, брзом обрту капитала и неоптерећеношћу строгом правном формом. У претходно поменутих правних пословима, опсег делања заступника, управитеља имовине, донекле и заложног повериоца, скромнијег је домаћаја од оног који има фидуцијар, зато што они своја овлашћења изводе из права другог (заступаног, титулара имовине). Фидуцијар се према трећима легитимише као власник или титулар фидуцијарно пренете имовине, па и опсег његовог делања одговора овлашћењима власника (или повериоца фидуцијарно пренетог потраживања). У односу на фидуцијанта, његова су правна располагања, ипак, ограничена посебним споразумом из основног уговора и временом његовог трајања.

Попут траста, фидуција је гипко средство правне технике за остваривање различитих правних циљева, допуштених, али и оних који то нису (на пример, сакривање имовине од поверилаца, изигравање закона). Потпун пренос права на фидуцијара, захваљујући чему фидуција постиже ову гипкост и прилагодљивост, у односу према трећим особама може постати и њена слабост. Трећим особама, наиме, није познат посебан споразум између фидуцијанта и фидуцијара (*actum fiducie*) у коме је исказан прави разлог обавезивања, а фактичко дејство правног посла сужено у односу на садржину пренетог права. У литератури се често каже да „фидуцијар правно може више од оног што би економски смео“.⁴⁸

Несклад између правне форме и економске садржине фидуцијарног правног посла огледа се у имовини. Фидуцијарна својина улази у имовину фидуцијара – правног власника, а ствар – у имовинску масу фидуцијанта који је њен економски власник.⁴⁹ Последице оваквог распоређивања, видљиве су у случају стечаја једног од ових субјеката. Падне ли фидуцијант у стечај, фидуцијар, као и сваки заложни

48 А. Гамс (1960), 34; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић (2008), 249.

49 Тако и А. Гамс (1960), 34.

поверилац, има различно право издвајања из стечајне масе ствари ради свог намирења. Фидуцијарев стечај даје фидуцијанту излучно право изузимања из стечајне масе ствари на којој постоји фидуцијарна својина, како она не би била доступна осталим стечајним повериоцима.⁵⁰

2. Фидуцијарна располагања и траст: сличности и разлике

Упоредивањем фидуцијарних преноса права с трастом свакако ћемо наћи заједничке нити, али и битне разлике. Фидуцијом се, као и трастом, преноси својина коју стицалац има вршити у туђем – не у свом – интересу, и која је његовим повериоцима недодирљива. Примећујемо, дакле, да се у обама институтима разилазе правна садржина посла и његова економска сврха,⁵¹ што англо-америчком правнику навикнутом на траст и разликовање двеју врста својинских интереса на ствари (*legal ownership, equitable ownership*) не смета, за разлику од, сада већ традиционалне, неповерљивости европско-континенталног права према фидуцији. Историјски посматрано, у европско-континенталним правима фидуција је изазивала подозрење, јер су се иза ње могле сакрити преварне намере фидуцијанта и фидуцијара (у њиховом унутрашњем правном односу непознатом трећим особама), довести у питање пуноважност располагања супротних сврси фидуцијарног преноса права и правој намери страна, што, напослетку, подрива принцип правне сигурности. У многим правима, укључујући и српско право, отуд, фидуција није законом уређена,⁵² али се изучава као врста правног посла и посебно средство обезбеђења.⁵³ Осим тога, правни посао усмерен на овакав пренос могао би се посматрати и као привидан, дакле, неважећи правни посао, због своје неистините каузе (*iniusta causa*).⁵⁴

50 Тако и Д. Стојановић (1990); Љ. Ђуровић.

51 Тако и: Б. Пајтић, 301.

52 Законом о финансијском обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 44/2018) уређен је пренос својине на финансијским инструментима ради обезбеђења, који се, судећи према објашњењу основних појмова датих у Предлогу Закона, сматра преносом фидуцијарне својине.

53 Вид. Драгољуб Стојановић, *Сиварно право*, Београд, 1991 (фидуцијарно преношење својине означава као атипично средство обезбеђења); Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић (2008); Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Сиварно право*, Ниш, 2009.

54 Допуштеност каузе једно је од најспорнијих правних питања код фидуцијарног правног посла. Због свесног разилажења правне и економске садржине, могуће је порећи пуноважност фидуције, чак и њено постојање, што би је учинило непостојећим правним послом. Ради сигурности правног промета и заштите трећих савесних особа, противно строгој правној логици, овај посао требало би, ипак, признати као пуноважан. Фидуцији ћемо, наравно, дати пуноважно дејство

Правни положај фидуцијара и повереника траста одређује сврха преноса права, тј. оснивања траста: повереник је обавезан управљати имовином траста у интересу корисника или ради остварења општекорисне сврхе; фидуцијарева располагања ограничена су посебним споразумом с фидуцијантом, којим се обавезао да стварју, до доспелости свог потраживања или остварења друге сврхе посла, неће располагати.⁵⁵ Обе су обавезе фидуцијарног карактера, јер почивају на поверењу оснивача и корисника траста, тј., фидуцијанта у савесност друге стране (повереника и фидуцијара).

Предност оба института јесте и у својој гипкости, једноставнијем и бржем испуњењу потраживања, те прилагођености потребама савременог промета и интересима уговорних страна.⁵⁶ Ослобађање од начела официјелности у свим фазама дужничко-поверилачког односа (посебно у фази намирења), с једне стране, остављање ствари у државини дужника и, последично, непостојање повериочеве обавезе да их складишти и чува, с друге, свакако препоручују фидуцијарни пренос својине за средство обезбеђења, или стављање имовине у траст кад му је поверена таква обезбеђујућа улога. Формалноправни учинци преноса својине фидуцију, ипак, чине ризичном, јер се фидуцијар према трећима легитимише као власник, са свим припадајућим прерогативима, укључујући право располагања, које, према унутрашњем односу с фидуцијантом нема. У трасту, пак, повереник је само номинални власник с јасном улогом управљања имовином у корист бенефицијара, што његова располагања супротно условима траста оставља без правног дејства. Изузетак је, као и у фидуцијарном правном послу, направљен у корист савесног стицаоца, коме ова чињеница није била нити могла бити позната, па је његово стицање коначно. Корисник траста има право од повереника тражити надокнаду вредности несавесно умањене имовине траста, а фидуцијант – право од фидуцијара захтевати накнаду штете или враћање неосновано стечене користи.

V Траст из угла међународног приватног права

1. Траст и руководећи принципи појмовног уобличења

Уобичајено је да Хашка конференција за међународно приватно право (у даљем тексту: Хашка конференција), као глобална међународна

само према савесним трећим особама, јер нико не може из сопствене несавесности стећи неко право или другу погодност.

55 Б. Пајтић, 301.

56 Овако запажају и Љ. Ђуровић, 826; и Б. Пајтић, 302.

организација специјализована за међународно приватно право, у својим конвенцијама уређује сукоб закона и/или сукоб јурисдикција и то за ужа питања која су, иако различито уређена нормама унутрашњих извора међународног приватног права, ипак општепозната (издржавање, родитељска одговорност, међународно усвојење, наслеђивање, одговорност произвођача за производе, друмске саобраћајне незгоде, продаја покретних ствари, хартије од вредности, итд.). У том погледу, једини изузетак је њена Конвенција Траст будући да представља специфичан допринос Хашке конференције глобалној унификацији међународног приватног права.⁵⁷ Могло би се рећи да је Хашка конференција, по први (и за сада једини) пут у својој дугој историји, посветила једну од својих конвенција правном институту који није познат у свим националним правним системима.

Имајући у виду развој установе траста и његова многобројна правна наличја, Хејтон,⁵⁸ у свом предавању на Хашкој академији за међународно право, истиче да нема заокружене дефиниције којом би се јасно утврдило да ли правни однос у конкретном случају води успостављању траста или неког другог правног института, у свету виђеном као „глобална арена“.⁵⁹ Уместо тога, једино се може говорити о одређеним суштинским карактеристикама траста које га чине различитим од других правних појмова.⁶⁰ Постојање упоредивих, еквивалентних правних уснова у оним националним правним системима који, начелно, не познају траст разликује се од постојања квази-пандана који су упоредиви само по функцији.⁶¹ У првом случају, реч је о правним установама које се, према својој структури, могу упоредити са структуром траста, онако како је то предвиђено одредбама чл. 2 и 3 Конвенције Траст.⁶² У том смислу, уколико се конкретном установом националног

57 Alfred E. von Overbeck, „Explanatory Report on the 1985 HCCH Trusts Convention“, *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Tome II, *Trusts – applicable law and recognition*, Hague, 1985, 372.

58 Професор Хејтон је био члан Радне групе која је израдила нацрт Конвенције Траст, а предводио је и делегацију Уједињеног Краљевства на петнаестој седници Хашке конференције за међународно приватно право на којој је усвојена Конвенција Траст. David Hayton, „Trusts in Private International Law“, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 366, Martinus Nijhoff, 2014, 58.

59 *Ibid.*, 17.

60 *Ibid.*

61 A. E. von Overbeck, 372–373.

62 Овакав приступ који не укључује одређивање аутономног појма траста за потребе Конвенције Траст није уобичајен за хашке конвенције о међународном приватном праву (којима се тежи дефинисању спорних појмова: родитељска одговорност, штета, производ, саобраћајна незгода, јавна исправа и слично). То је последица чињенице да је концепт траста настао у судској пракси. Следствено томе, Хашка

права уређује правни однос *inter vivos* или *mortis causae* између лица које поверава одређени део своје *издвојене имовине* другом лицу које је одговорно за ваљано *управљање и располагање* њоме у *користи трећега лица* (укључујући и остварење одређене сврхе), онда је таква установа обухваћена Конвенцијом Траст. Насупрот томе, у случају да је реч само о функционалној подударности (која је, највероватније, само делимична), онда је реч о установи на коју се конвенцијски механизам не односи.⁶³

Пре него што се подробније усредсредимо на значај Конвенције Траст, неопходно је да се осврнемо на механизме којима међународно приватно право иначе располаже у случајевима који инволвирају установе непознате домаћем правном систему. Као што је већ напоменуто, траст није (*per se*) познат правном систему Републике Србије. С друге стране, наше законодавство, како смо већ указали, није ни у потпуности равнодушно према његовом постојању, барем у погледу последица оснивања траста и евентуалног изигравања закона у сфери домаћих прописа у материји јавних финансија и пореза, као и евиденције стварних власника правних лица.

2. Супституција (транспозиција) траста и правна сигурност

Из угла међународног приватног права, измештање једног правног односа, који је настао у другој држави применом страног меродавног права, у други национални правни систем тако да произведе дејства по домаћим (супстанцијалним или процесним) правним нормама уобичајено се решава супституцијом, односно транспозицијом, као општом техником (или техникама) тумачења правних норми. Разлог због кога о томе пишемо у једнини, односно у множини, последица је још увек присутног размимоилажења у теорији међународног приватног права у погледу јединства наведених техника тумачења или, пак, њиховој самосталности и независности. У сваком случају, тумачење долази до изражаја онда када се већ настали правни однос измешта из једног националног правног система и уноси (транспонује) у други национални систем. То тече скоро неосетно све док се не суочимо са правном установом која је непозната домаћем правном систему, било само по називу, било по својој садржини, функцијама и дејствима (када нас њен назив не асоцира ни на једну домаћу правну установу). У таквим

конференција се определила за описно поимање траста, предвиђањем његових кључних карактеристика у члану 2. У том смислу, конвенцијско виђење траста блиско је фидуцијарним обавезама које се могу имати поводом одређене имовине. D. Hayton (2014), 61.

63 A. E. von Overbeck, 372–373.

случајевима, према домаћим ауторима који сматрају да су то две одвојене технике тумачења, примена транспозиције своди се на испитивање функционалне еквивалентности правног односа насталог према страном праву и расположивих домаћих правних установа будући да је страни институт непознат домаћем праву.⁶⁴ Тада је довољно да установа домаћег права буде сродна, са истим циљем и функцијом.⁶⁵ Исти аутори сматрају да супституција води супсумирању правних односа страног права под домаћу правну норму применом истог теста функционалне еквивалентности,⁶⁶ при чему не долази до замене страног института домаћим, већ он остаје исти будући да је познат домаћем праву (иако можда под другим називом).⁶⁷ Ипак, чини се да у оба случаја технике тумачења имају исти предмет – установе страног права и њихово уношење у домаћи правни систем, на један или други начин, у циљу не-сметане примене домаће правне норме.⁶⁸ Стога се ми приклањамо оном делу домаће теорије који сматра да је ипак у питању једна установа.⁶⁹ Иако она може, као што смо видели, имати два лица, оба имају идентичан иницијални узрок – уношење страног правног института у домаће супстанцијално или процесно право у циљу да већ настали страни правни однос, колико год је могуће, неокрњен „преживи“ излазак из граница сопственог националног права. Посматрано шире, иако немачка доктрина (која је изнедрила учење о супституцији – транспозицији),⁷⁰ по правилу, раздваја транспозицију од супституције,⁷¹ француска теорија међународног приватног права (чији је утицај такође респектабилан)

64 Славко Ђорђевић, Златан Мешкић, *Међународно приватно право I – општи гео*, Крагујевац, 2006, 168–169.

65 *Ibid.*, 169.

66 *Ibid.*, 175.

67 *Ibid.*, 179.

68 Овом приликом крајње сумарно скрећемо пажњу и на одређене језичке недодумице. Иако су у питању посебни проблеми међународног приватног права који имају „страна имена“ (што није неуобичајено у нашем међународном приватном праву), дословно значење термина транспозиција подразумева измештање (транспоноване) института из једног у други правни систем, а домаћи термин за супституцију била би „замена“, што не одговара у потпуности наведеном објашњењу једне, односно друге технике тумачења када се оне посматрају као потпуно независне.

69 Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право – општи гео*, 8. издање, Београд, 2023, 364–371.

70 Hans Lewald, „Règles générales des conflits des lois, Contribution à la technique du droit international privé“, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 69, Martinus Nijhoff, 1939–III, 130.

71 Нпр. Bernd von Hoffmann, Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München, 2007, 234–235.

то не чини увек.⁷² Да ли ће оцена функционалне еквиваленције водити једном или другом исходу зависи од недоумице са којом се домаће право суочава приликом уношења страног правног института у конкретном случају – да ли он постоји (под истим или сличним називом) у домаћем правном систему или то, пак, није случај.⁷³

Када дође до проблема супституције, углавном се приступа релативно брзом и једноставном проширеном тумачењу правних категорија домаћих правних норми под које подводимо релевантну страну установу (полигамни брак се подводи под нашу установу брак; непотпуно усвојење под нашу правну категорију усвојење⁷⁴ и слично). Међутим, пред установама попут траста (чији назив не асоцира ни на једну домаћу правну установу), постајемо свеснији теста функционалне еквивалентности будући да се он сада не одвија неосетно, као у претходним примерима. У том смислу, потребно је, након прибављања обавештења о садржини страног права по коме је конкретна установа настала, брижљиво испитати њену садржину, функције, значај, правна дејства и карактеристике, како бисмо у наредној фази покушали да пронађемо еквивалентну установу у домаћем правном систему. У случају да домаћи надлежни орган (од кога се тражи да омогући правна дејства непознатој установи страног права применом одговарајуће домаће правне норме) не успе у томе, једино што може је да констатује да супституција (транспозиција)

72 У делу француске доктрине, супституција се изучава и као део прилагођавања (*adaptation*), али се супституција ипак помиње и као техника тумачења којом се замењује установа непозната домаћем праву. Bernard Audit, Louis d'Avout, *Droit international privé*, sixième édition, Paris, 2010, 286–288. Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 10e édition, Paris, 2010, 188 (супституција се посматра и као део прилагођавања P. Mayer, V. Heuzé, 437, 455). У теорији међународног приватног права Швајцарске поједини писци супституцију такође сврставају у прилагођавање (*adaptation*) као јединствену установу. François Knoepfler, Philippe Schweizer, *Droit international privé suisse*, deuxième édition, Berne, 1995, 133.

73 Слично је и код прилагођавања које води *ad hoc* модификацији колизионе норме или *ad hoc* модификацији супстанцијалне норме, у зависности од тога због чега треба кориговати материјалноправни резултат до кога се дошло истовременом применом више права на међусобно повезана правна питања, а ипак је реч о једној установи која нуди два решења. М. Станивуковић, М. Живковић, 371–376. У погледу допуштености прилагођавања код нас, слажемо се са аргументацијом коју износе Ђорђевић и Мешкић. С. Ђорђевић, З. Мешкић, 166–167.

74 У погледу непотпуног усвојења, наше међународно приватно право, барем у односу на бројне друге државе уговорнице (имамо у виду респектабилан број од 106 уговорница укључујући и Србију) следи изричиту одредбу Хашке конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења којом је, уз испуњење одређених услова, уређена конверзија непотпуног усвојења у конвенцијски појам усвојења. Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2013, чл. 27 у вези са чл. 2.

остаје немоћна пред изазовом. Услед тога, настаје правна празнина, а самим тим и највећи проблем. Наиме, траст је установа која се јавља у различитим гранама права, што има за последицу и његове врло различите функције. Штавише, ова установа није униформно уређена ни у државама које је познају, пре свега у државама англо-америчког правног система.⁷⁵ Стога је попуњавање правне празнине у сфери грађанског материјалног права мукотрпан задатак који изискује, управо услед многобројних различитих лица које траст може имати, *ad hoc* приступ. Такав приступ, пак, може реметити остваривање принципа правне сигурности као нити која прожима и повезује све гране права. С обзиром на то да је траст установа непозната нашем праву, а да је тумачење увек оптерећено субјективном перцепцијом тумача, различити примениоци права могу једну исту врсту траста различито и тумачити. Тако, траст *inter vivos* у очима једног примениоца права може бити најсличнији плодуживању, а у очима другог – уговору у корист трећег.⁷⁶ У зависности од околности, траст *inter vivos* може се тумачити још и као поклон са одложним условом, у ком бенефицијар, до испуњења услова, има само правну наду да ће стећи имовину која му је овим правним послом намењена. Добротворни траст може се у нашем правном систему тумачити као задужбина, а у другом – као фондација.⁷⁷ У нашем праву, тестаментарни траст може личити на ситуацију када се тестаментом одреди његов извршилац, али до потпуног поистовећења не може доћи, јер трасти (повереник) има знатно већа овлашћења од извршиоца тестаamenta. С обзиром на то да се тумачење наших надлежних органа може међусобно разликовати (једном надлежном органу траст у конкретном случају више личи на уговор у корист трећег, за други орган тај исти траст пре је налик плодуживању, за трећи – исти траст ипак представља уговор *sui generis*). Препуштање тумачење траста дискреционим овлашћењима надлежних органа у циљу његове супституције по сваку цену може бити у раскораку са принципом правне сигурности и водити арбитражности.

75 D. Hayton (2014), 18–19.

76 *Ibid.*, 59.

77 *Ibid.*, 59–60. Видети и бројне друге примере који доводе до недоумица у погледу могућности за успешну супституцију траста (посебно кинески траст и јужноафрички *bewind*). D. Hayton (2014), 64. Такође, детаљно о трасту и аналогним установама анализираним у току рада на Конвенцији Траст. A. Dyer, H. van Loon, 10–65; о тзв. бизнис трасту и добротвореном трасту у сфери међународног приватног права Donald T. Trautman, „Study on business and charitable trusts (preliminary Document No 2 of May 1982)“, *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Tome II, *Trusts – applicable law and recognition*, Hague, 1985, 111–117.

3. Квалификација траста – попуњавање правне празнине у сфери колизионих норми

У погледу траста, правна празнина се јавља и у погледу наших законских колизионих норми. Ипак, у том случају се светло на крају тунела лакше назире и одговор зависи од тога да ли траст настаје уговором или има други правни основ. Уколико настаје на основу уговора, онда би се меродавно право, најпре, одређивало применом колизионе норме из члана 19 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ).⁷⁸ У исто време, ваља напоменути да се начело примене права седишта или пребивалишта дужника карактеристичне престације наводи у делу домаће теорије међународног приватног права као начело ЗРСЗ у контексту попуњавања правних празнина за неименоване уговоре, у одсуству аутономије воље.⁷⁹ Дискутабилно је да ли је овде реч о класичној правној празнини или примени колизионе норме из члана 20 ст. 1 тач. 20 ЗРСЗ која, за друге уговоре (неименоване) упућује на примену права државе седишта или пребивалишта дужника карактеристичне престације.⁸⁰ У сваком случају, ово решење је супсидијарно, имајући у виду да основна законска колизиона норма за уговоре предвиђа управо аутономију воље, односно избор меродавног права. Пребивалиште/седиште дужника карактеристичне престације, као тачке везивања, остварују функцију одређивања меродавног права (и уједно попуњавања правне празнине за неименоване уговоре, ако прихватимо такав став дела домаће доктрине) само ако уговорне стране нису изабрале меродавно право и ако клаузула изузетка није применљива. Ипак, ако за траст, који почива на уговору, није изабрано меродавно право или оно указује на национално право које не познаје траст, сматрамо да је боље ту ситуацију подвести под правну празнину управо услед особености траста и чињенице да ову установу не познаје респектабилан број држава. Наиме, примена права пребивалишта дужника карактеристичне престације (у случају траста, то је трасти-повереник) може такође указати на државу чије право ту установу не познаје. Такав исход треба избећи. Ако би се одређивање меродавног права за траст, када је изостала аутономија воље или је изабрано право

78 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени листи СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени листи СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени листи РС*, бр. 46/2006 – др. закон, члан 2. Овом одредбом је уређено питање попуњавања правних празнина у сфери меродавног права (алтернативном) применом начела ЗРСЗ-а, правног поретка Републике Србије, као и начела међународног приватног права.

79 С. Ђорђевић (2020), 63.

80 *Ibid.*

државе које не познаје траст, посматрало као правна празнина, онда би се она могла попунити ефикасно и униформно, у складу са одредбом члана 2 ЗРСЗ. Имајући у виду законски понуђене могућности (три групе правних начела), определили бисмо се за примену принципа најближе везе, као принципа који се јавља и као начело ЗРСЗ, али и као принцип међународног приватног права генерално. Такав исход био би у складу и са Конвенцијом Траст, која предвиђа као меродавно право државе са којом постоји најближа веза.⁸¹ При томе, треба имати у виду и супсидијарни карактер ове конвенцијске колизионе норме. Она се примењује управо онда када сетлор (оснивач) није изабрао меродавно право (што је основна колизиона норма),⁸² као и у случају да је то ипак учинио, али изабрано право не познаје установу траст.⁸³ Наиме, принцип најближе везе је темељни у међународном приватном праву и извесније је да ће он упутити на право државе које траст познаје него начело примене права државе пребивалишта дужника карактеристичне престације. С тим у вези, клаузула изузетка из члана 20 ст. 1 ЗРСЗ, која такође почива на принципу најближе везе, указује на постојање *йосебних околности* које оправдавају њену примену – другим речима, атипичну ситуацију. Но, ми трагамо за начелом којим се најефикасније може попунити правна празнина у типичним ситуацијама, јер је у атипичним околностима свакако применљива клаузула изузетка. Према томе, опредељујемо се за примену принципа најближе везе, као примарног начела међународног приватног права, уместо права државе пребивалишта дужника карактеристичне престације (трастија – повереника). У исто време, овим начелом постиже се и правна сигурност, те испуњавају оправдана очекивања странака, јер је извесније да ће оно упутити на право државе које познаје установу траста него начело примене права државе пребивалишта дужника карактеристичне престације.

Такође, треба имати у виду да уговор није једини правни основ за настанак траста. Стварање колизионе норме која би дозвољавала избор меродавног права те друге случајеве зависи од применљивости начела аутономије воље у погледу конкретног правног основа траста из угла ЗРСЗ-а. У нашој теорији међународног приватног права, ово начело није препознато као начело ЗРСЗ-а,⁸⁴ а подложно је дискусији да ли се

81 Чл. 7 Конвенције Траст.

82 Чл. 6 ст. 1 Конвенције Траст.

83 Чл. 6 ст. 2 Конвенције Траст.

84 Не помињу га ни актуелни водећи уџбеници међународног приватног права (М. Станивуковић, М. Живковић, 66–68; Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно љривајино љраво*, 21. издање, Београд, 2022, 78–79; С. Ђорђевић, З. Мешкић, 30–31).

о њему може говорити као опште прихваћеном начелу и из угла начела међународног приватног права.⁸⁵ Делимично решење може се пронаћи у начелима правног поретка Републике Србије будући да је аутономија воље главни принцип нашег облигационог права и то у делу о уговорима.⁸⁶ Као што је указано, аутономија воље би се ипак примењивала у мери у којој траст почива на уговору, што одговара основној законској колизионој норми за уговоре.⁸⁷ Услед тога, сматрамо да се начело аутономије воље може сматрати и начелом ЗРСЗ-а, али у домену уговорних односа, са изузетком оних који се односе на непокретности.⁸⁸

Међутим, траст није реткост ни и у материји наслеђивања када се може установити завештањем.⁸⁹ Будући да ЗРСЗ не дозвољава

85 Аутономију воље у том контексту не помињу ни домаћи аутори који су се детаљније бавили анализом начела међународног приватног права у оквиру члана 2 ЗРСЗ. С. Ђорђевић, З. Мешкић, 20–23; Славко Ђорђевић, „Телеолошка редуција колизионих норми и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 2/2019, 476–478; Славко Ђорђевић, *Утврђивање и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља*, Крагујевац, 2020, 56–63.

86 „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“, Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 10.

87 Томе у прилог иде и формулација колизионе норме о избору меродавног права из члана 19 ЗРСЗ која је, општа и применљива на све врсте уговора, како именоване, тако и неименоване.

88 У складу са чланом 21 ЗРСЗ. Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, 83.

89 Хашка конвенција о наслеђивању заоставштине умрлих лица из 1989. године (*Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*), мада није ступила на снагу, садржи одредбу о трасту у материји наслеђивања у чл. 14. Насупрот томе, траст је искључен из поља примене Уредбе 650/2012 Европског Парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу аутентичних инструмената у материји наслеђивања и стварање Европског сертификата о наслеђивању, чл. 1 ст. 2 тач. (j) и рецитал 13 (*Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, OJ L 201, 27. 7. 2012). Поређења ради, иако се не односи на наслеђивање, вреди напоменути да се, у оквиру међународног приватног права ЕУ, траст јавља у Уредби Брисел I *recast*, донетој у сфери међународне надлежности, признања и извршења судских одлука у грађанској и трговинској материји (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351, 20. 12. 2012), чл. 7 ст. 1 тач. (6)). Ипак, настанак траста и односи између сетлора, трастија

аутономију воље оставиоца (*professio juris*),⁹⁰ принцип аутономије воље за наследне односе није законско начело, већ је то начело примене права држављанства. Упитно је да ли начело аутономије воље у материји наслеђивања можемо прихватити као опште прихваћено начело међународног приватног права. Самим тим, такав исход би у приличној мери одступао од законских начела, што није случај са другим начелима међународног приватног права који се најчешће разматрају приликом анализе члана 2 ЗРСЗ.⁹¹ Закључујемо да избор меродавног права (када је уговор правни основ траста) и/или примена начела најближе везе (које може попунити правну празнину без обзира на правни основ траста) могу да одговоре изазову који настаје приликом одређивања меродавног права за настанак траста. Ипак, потреба за интервенцијом у колизионој сфери, уређеној одредбама ЗРСЗ-а, није приоритетна јер законске колизионе норме примењују наши судски или управни органи само онда када мериторно одлучују о неком питању међународног приватног права. Будући да траст још увек није уведен у домаће супстанцијално право, изложена идеја може послужити у случају да се развој домаћег правног система, у неком тренутку, окрене и овој установи. Ово тим пре што се шири круг држава европско-континенталног правног система које уводе траст или њему одговарајуће пандане (најчешће, фидуцију)⁹² којима истовремено решавају и проблем супституције. Инспирација за овакву промену у државама које припадају истом ширем правном систему као и Србија, била је управо Конвенција Траст.⁹³ Иако је предложено

и бенефицијара траста искључени су из поља примене Уредбе Рим I о меродавном праву за уговоре (као Уредби која је комплементарна Уредби Брисел I *recast*), *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations*, OJ L 177, 4. 7. 2008, чл. 1 пара. 2(h).

90 Колизиона норма за наслеђивање из члана 30 ст. 1 ЗРСЗ предвиђа примену права државе држављанства оставиоца у тренутку смрти.

91 С. Ђорђевић (2020), 47–56.

92 За пуну листу ових држава видети истраживање које је недавно спровела и објавила Хашка конференција за међународно приватно право (Hague Conference on Private International Law, 1985 Trusts Convention: Updates and possible future work: Preliminary Document No 10C of December 2022), 2022, Hague, доступно на адреси: <https://assets.hcch.net/docs/8d0bd044-9676-4243-bf85-feb849841d54.pdf#8-10>, 10. 9. 2024, 8–10.

93 У том смислу, Конвенција Траст се назива и „катализатором“ већег окретања држава европско-континенталног правног система трасту. David Hayton, How has the trust come to have a role in civil law jurisdictions, Remarks By The Honourable Mr Justice David Hayton, Judge of the Caribbean Court of Justice, on the occasion of The CALCA Conference in St Maarten at the CALCA Conference, Caribbean Court of Justice – The Trust of as the Modern Vehicle for Investment and Estate Planning in Common Law and Civil Law Countries, St. Maarten, 2016, доступно на адреси: https://ccj.org/wp-content/uploads/2021/03/Remarks-by-Mr-Justice-David-Hayton-at-the-CALCA-Conference-in-St-Maarten_20161027.pdf, 20. 9. 2024, 1.

решење проблема *de lege ferenda* корисно, тиме нисмо корак ближи изласку из тегобне ситуације која је код нас тренутно актуелна – пружање дејстава трасту који је већ настао у иностранству.

VI Конвенција Траст – могуће решење проблема

Предност Конвенције Траст огледа се управо у томе што се њоме вешто избегава примена супституције у случају да траст треба да произведе дејство у држави која познаје ту установу, али је другачије уређује, као и онда када домаћа држава уопште не познаје траст, а провера функционалне еквиваленције нема резултата. С обзиром да би решавање проблема супституције траста засигурно подразумевало задржање, у знатној мери, у национална супстанцијална права (што Хашка конференција, по правилу, тежи да избегне),⁹⁴ прибегло се другачијем приступу. Конвенцијски механизам нема за циљ да инкорпорише траст у правне системе држава које га не познају, нити претендује да им пружи смернице о попуњавању правне празнине. Управо супротно, она омогућава да се у потпуности избегне суочавање са проблемом правне празнине, путем непосредног признања траста ваљано насталог у складу са конвенцијским колизионим нормама, али и разноврсним ограничењима која имају улогу контролног механизма и раздвајања „доброг“ од „лошег“ траста.⁹⁵

1. Меродавно право за траст – конвенцијска решења

У делу у коме смо разматрали начине за попуњавање правне празнине у погледу колизионе норме у ЗРСЗ-у већ смо поменули решења Конвенције Траст – избор меродавног права од стране сетлора (оснивача) и, супсидијарно, примена права државе са којом постоји најближа веза.⁹⁶ Избор меродавног права може бити изричит или прећутан.

94 Супротни примери су малобројни. Тако Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања уређује, у одређеној мери, начин одмеравања висине издржавања, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2013, чл. 14; Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце предвиђа одредбу по којој се приликом спровођења принудног извршења мора водити рачуна о најбољем интересу детета, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 20/2015, чл. 28; Конвенција о међународном издржавању деце и других чланова породице садржи одредбу у којој се наводе мере извршења које државе уговорнице морају обезбедити у свом процесном праву, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 4/2020, чл. 34 ст. 2.

95 Како их упечатљиво назива Хејџон. D. Hayton (2014), 96.

96 Чл. 6 Конвенције Траст.

У последњем случају, избор мора произилазити из акта којим се установљава траст или писмена којим се потврђује његов настанак, с тим што се приликом утврђивања прећутно извршеног избора меродавног права могу узети у обзир и околности случаја ако је неопходно.⁹⁷ Наиме, обично се траст оснива актом у писаној форми, али није реткост ни да настаје усмено или, слично томе, издвајањем и предајом ствари трастију, када је, за потребе примене Конвенције Траст, неопходно да барем буде потврђен у писаној форми.⁹⁸ Овакво решење је последица тога што се Конвенција Траст примењује само на оне облике траста који су настали добровољно (вољом сетлора-оснивача) и који су потврђени у писаној форми.⁹⁹ На тај начин је из поља примене Конвенције *ratione materiae* искључен траст који настаје одлуком суда/другог надлежног органа (*judicial trust*)¹⁰⁰ или непосредно на основу закона (*statutory trust*),¹⁰¹ али се примена Конвенције може посебном изјавом проширити и на ове врсте траста.¹⁰² Уколико меродавно право није изабрано или је у питању право које не познаје траст, примењује се право државе са којом постоји најближа веза.¹⁰³ Како би се државе европско-континенталног правног круга поштеделе недоумица о утврђивању најближе везе поводом установе која им је непозната, творци Конвенције указују да том приликом *нарочито* може бити од значаја место управљања трастом које је одредио сетлор (оснивач), место налажења ствари које улазе у траст, уобичајено боравиште¹⁰⁴ или место пословања трастија

97 Чл. 6 ст. 1 Конвенције Траст.

98 Како појашњава *фон Овербек* у свом *Извештају*, ова одредба Конвенције Траст је инспирисана Бриселском конвенцијом о признању и извршењу одлука у грађанској и трговинској материји (тадашња ЕЕЗ је покушала да, путем међународних уговора, делимично унификује материју међународног приватног права будући да је овлашћење да непосредно то чини својим секундарним законодавством добила Амстердамским уговором). А. Е. von Overbeck, 381.

99 Чл. 3 Конвенције Траст.

100 Судски траст не подразумева само траст у потпуности наметнут одлуком суда, без обзира на понашање странака, већ и случајеве када се воље сетлора и трастија не поклапају, те је за настанак траста неопходна интервенција надлежног органа. D. Hayton (2014), 82.

101 А. Е. von Overbeck, 380.

102 Чл. 20 Конвенције Траст. Монако, Луксембург, Кипар, Кина (укључујући и Хонг Конг), Канада (у односу на Алберту, Британску Колумбију, Нови Брунсвик, Њуфаундленд и Острво Принца Едварда), као и Уједињено Краљевство искористиле су ову могућност и прошириле примену Конвенције на судски траст (*judicial trust*). Видети *Status table* секцију, доступну на адреси: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>, 10. 9. 2024.

103 Члан 6 ст. 2 у вези са чл. 7 ст. 1 Конвенције Траст.

104 Конвенција Траст говори о боравишту трастија у овом члану (*place of residence...*), али *фон Овербек* у коментару члана 13 појашњава да се под тим подразумева

(повереника), те циљеви траста и места њиховог испуњења.¹⁰⁵ У сваком случају, дозвољено је цепање меродавног права (*depeçage*) поготово у погледу управљања трастом, без обзира да ли је то питање уређено правом до кога се дошло аутономијом воље или најближом везом.¹⁰⁶ Право по коме је траст првобитно настао одређује и могућност касније промене меродавног права у целини или само за поједине аспекте траста ако је испрва дошло до цепања меродавног права.¹⁰⁷

Меродавно право посебно обухвата питања која се односе на: одређивање трастија, његову оставку и опозив; посебну способност да иступа као трасти; преношење функције трастија, међусобна права и обавезе трастија; право трастија да у потпуности или делимично делегира вршење својих овлашћења или извршење својих обавеза; право трастија да управља и располаже имовином траста, као и да стиче нову; да се стара о наплати обезбеђених потраживања која су део имовине траста; право трастија да инвестира. Меродавним правом обухваћена су још и питања ограничења трајања траста и овлашћења трастија да резервише приходе траста, однос трастија и бенефицијара (корисника), укључујући личну одговорност трастија бенефицијару, измене и престанак траста, расподелу имовине траста, те одговорност трастија за управљање трастом.¹⁰⁸

2. Признање траста – конвенцијска решења

Члан 2 Конвенције Траст стипулисан је тако да обухвати различите појавне облике траста и његовог правног дејства према трећима (посебно према личним повериоцима трастија).¹⁰⁹ Суштинске карактеристике подразумевају да је имовина која је саставни део траста издвојена и не улази у имовину трастија иако је власник те издвојене имовине трасти или друго лице у име трастија (као што је то, рецимо, заступник трастија у уделима у јавним предузећима). Конвенција Траст се не примењује ако трасти иступа као пуномоћник сетлора који задржава

његово уобичајено боравиште. А. Е. von Overbeck, 397 (пара.122).

105 Чл. 7 ст. 2 Конвенције Траст.

106 Члан 9 Конвенције Траст.

107 Чл. 10 Конвенције Траст. Ова одредба је последица уобичајене дуговечности једном заснованог траста, те се, током његовог постојања, може појавити потреба за променом првобитно меродавног права. А. Е. von Overbeck, 392.

108 Чл. 8 ст. 2 Конвенције Траст. Меродавно право може уредити и друга питања, будући да је у одредби чл. 8 Конвенције Траст наведен минимални обим меродавног права.

109 D. Hayton (2014), 61.

право својине над имовином.¹¹⁰ Ова кључна карактеристика у погледу издвојености имовине траста у односу на имовину трастија који може бити, у том својству, тужилац или тужени, односно да се у својству трастија може појавити пред јавним бележником или другим службеним лицем, директно омогућава и признање траста заснованог у другој држави уговорници.¹¹¹

Обим признања траста зависи од тога како га уређује меродавно право и нарочито обухвата правило да лични повериоци трастија немају правна средства према имовини траста. Исто тако, имовина траста мора бити одвојена од имовине трастија ако он банкротира или постане инсолвентан, а издвојена је и у односу на брачну имовину трастија и његовог супружника, односно оставинску масу трастија. Такође, имовина траста може бити повраћена ако је трасти, кршећи обавезе, сјединио имовину траста са сопственом или је имовину отуђио. У последњем случају, права и обавезе трећег лица-држаоца имовине траста не уређује право иначе меродавно за траст већ меродавно постаје право на које упућује колизиона норма државе суда.¹¹² У поступку регистрације имовине признатог траста или исправа о власништву, трасти може иступати у том својству ако то није забрањено или није у нескладу са правом државе регистрације. Уколико се ипак такав проблем јави (обично зато што држава регистрације не познаје траст), онда се регистрација спроводи на начин који је погодан по праву државе регистрације и омогућава да се постојање траста учини јавно доступним.¹¹³ Право државе регистрације одређује лице које може тражити да се податак о постојању траста учини јавно доступним, као и све додатне формалности које том приликом трасти или ово друго лице морају испунити.¹¹⁴ Регистрација траста се може додатно ограничити у зависности од исхода његовог признања.

Конвенција Траст ограничава признање траста различитим механизмима међународног приватног права. Пре свега, признање се може одбити ако су сви битни елементи траста, изузев избора меродавног права, места управљања и уобичајеног боравишта трастија, ближе повезани са правом државе која уопште не познаје траст или барем не познаје тај облик траста.¹¹⁵ *Фон Овербек* појашњава да се под битним елементима посебно могу имати у виду држављанство или уобичајено боравиште инволвираних лица, односно место налажења имовине

110 *Ibid.*, 63–64.

111 Чл. 11 ст. 2 Конвенције Траст и његов коментар у А. Е. von Overbeck, 394.

112 Чл. 11 ст. 3 Конвенције Траст.

113 Чл. 12 Конвенције Траст.

114 А. Е. von Overbeck, 396.

115 Чл. 13 Конвенције Траст.

траста, као и да релевантни тренутак када се врши процена ових елемената није везан за моменат настанка траста већ за тренутак признања.¹¹⁶ Ограничења приликом признања траста зависе и од ограничења у погледу меродавног права за траст. Наиме, ради заштите императивних норми државе форума или права друге државе (у зависности од тога које је од ових права меродавно према колизионим нормама државе суда), може се одбити признање траста у делу дејстава траста у погледу заштите деце и пословно неспособних лица, личних и имовинских дејстава брака, наследних права, посебно права на нужни део супружника и сродника, преношења права својине и потраживања, заштите поверилаца у случају инсолвентности, као и заштите трећих лица која су поступала у доброј вери.¹¹⁷ С обзиром на то да листа дејстава на које се могу односити императивне норме релевантног права није коначна, овај конвенцијски заштитни механизам има и своју слабу тачку. Како је већ примећено, наведена одредба може бити моћно оружје у рукама непријатељски настројеног судије.¹¹⁸ У циљу спречавања таквог исхода, Конвенција Траст предвиђа обавезу да орган који је одбио признање траста из ових разлога покуша да омогући дејства трасту у складу са намером сетлора на други погодан начин.¹¹⁹ Реч је заправо о јединој ситуацији када Конвенција Траст допушта примену принципа еквиваленције, односно супституцију.¹²⁰ Уз то, признање траста ограничено је и нормама непосредне примене државе суда,¹²¹ док се овакве норме треће државе могу узети у обзир под условом да држава уговорница није посебном изјавом такву могућност отклонила.¹²² Такође, признање траста може се спречити и клаузулом јавног поретка.¹²³

Насупрот поштравању механизма признања уведен је принцип примене повољнијег права у погледу могућности за признање траста (начело *favor recognitionis*)¹²⁴ који успоставља равнотежу између потребе

116 A. E. von Overbeck, 397.

117 Чл. 15 ст. 1 Конвенције Траст.

118 A. E. von Overbeck, 401.

119 Чл. 15 ст. 2 Конвенције Траст.

120 A. E. von Overbeck, 403. Принцип еквиваленције *фон Овербек* у коментару ове одредбе назива прилагођавањем, мислећи при том на технику коју смо изложили као супституцију.

121 У смислу траста, у норме непосредне примене најчешће спадају одредбе којима се забрањује изношење културних добара, као и правила којима се штите потрошачи и запослени. D. Hayton (2014), 93.

122 Чл. 16 Конвенције Траст.

123 Чл. 18 Конвенције Траст.

124 Чл. 14 Конвенције Траст. Исти принцип присутан је и у последњој донетој хашкој конвенцији – Конвенцији о признању и извршењу страних судских одлука у грађанској и трговинској материји из 2019. године, чл. 15 (*Convention of 2 July 2019 on*

да се заштити правни систем, пре свега, државе признања, права трећих лица и бенефицијара. У односу на наше законодавство у материји јавних финансија и пореза, од великог је значаја одредба којом се спречава да меродавно право и признање траста послужи за избегавање плаћања пореза (и праће новца, додали бисмо) тако што се у члану 18 Конвенције Траст наводи да она не утиче на овлашћења државе у пореској материји.

VII Закључак

У претежном делу европско-континенталног правног система траст није правно уређен али јесу, по структури или функцији, њему слични институти. Разликовање двају различитих својинских интереса на имовини траста код њих није неопходна, и то их од траста удаљава, док их наглашена фидуцијарна природа односа својих учесника њему приближава. Фидуцијарни правни посао, старатељство и заступање, плодоуживање, неке врсте правних лица, у првом реду задужбине, наследноправна супституција, легат и нека средства обезбеђења потраживања, по неким својим карактеристикама веома су слична трасту. Побројани институти, сваки за себе, имају додирне тачке са трастом (свакако, и битне разлике), али све њих и траст повезује заједничка компонента–повезница: раздвајање управљања и располагања имовином, с једне стране, од припадања користи, с друге. Тако је управљање имовином поверено једној особи – стараоцу, заступнику, фидуцијару, управнику задужбине, у трасту – поверенику (*trustee*), у корист друге особе – штићеника, заступаног, фидуцијанта, корисника задужбине, тј. бенефицијара/корисника траста. Нарочитим правима и обавезама (одређеним вољом треће особе, на пример, оснивача задужбине, фидуцијанта, властодавца, или законом, у старатељству, на пример) успостављен је међу странама посебан однос поверења, вера у повереника да ће повереном му имовином управљати (по потреби, и располагати) у интересу другог или зарад општекорисне сврхе.

Да би оснивање траста било могуће и ван англо-америчког правног система, потребно је издвојити његове суштинске карактеристике и елементе, од оних које то нису, већ су резултат специфичног правног и друштвеног развоја права *common law*. Структуралне компоненте јесу:

the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters) у коју се полажу велике наде као глобалном инструменту за олакшано признање и извршење одлука у релативно широком спектру грађанских и трговинских односа. Овој Конвенцији приступила је Европска унија, а о потреби њене ратификације већ се говори и у Републици Србији. Поводом те Конвенције, Србија је по први пут, као самостална држава, имала свог представника у Радној групи за њену израду – проф. др Мају Станивуковић (Правни факултет Универзитета у Новом Саду).

намера оснивања траста, права и обавезе субјеката траста и имовина која се уноси у траст, која је увек одвојена од имовине повереника, затим сврха оснивања траста и судски или административни надзор над пословањем повереника. Ове елементе уочавамо у дефиницији траста у *Нацрту заједничкој референцијној оквиру за европско приватно право*, предлошку за евентуално уједначавање и стварање једног приватног права за Европу.

Чини се да траст може и без двојности својине и различитих својинских интереса на истој ствари (*legal ownership and equitable ownership*), који чине препознатљивим англо-амерички концепт овог права, али нису спојиви са начином на који се својина схвата у правима која су се обликовала под утицајем римског права. Мешовити правни системи потврђују ову тезу. Траст је правно уређен у Јужноафричкој Републици, и тамо нема помена о двојности својине; шкотски траст признаје кориснику облигационоправне захтеве у вези с имовином, а не стварноправне, како је то у енглеском праву. И у Хашкој конвенцији о меродавном праву за траст не говори се о имању права на имовини траста, чиме је избегнуто разликовање између *legal ownership* и *equitable ownership*, јер тога нема у оним правима у којима би, ратификацијом Конвенције, било могуће оснивање траста или признање правног дејства страном трасту.

Као што смо могли видети, мултифункционалност траста и инсистирање да се супституцијом омогући трасту да неокрњен преживи излазак из граница страног права по коме је настао како би остварио своја дејства у домаћем правном систему има своја ограничења. Поред неминовне главобоље надлежних органа од којих се очекује да му омогуће остваривање дејстава, уподобљавање траста установама домаћег права по сваку цену може да угрози, у одређеној мери, принцип правне сигурности. То је последица потенцијалне арбитражности поступајућих органа, будући да се процена еквивалентности траста установама домаћег грађанског права не може у потпуности ослободити субјективности приликом тумачења. С друге стране, наше законодавство не може само делимично бити заинтересовано за траст и то онда када санкционише његове злоупотребе у случајевима прања новца или тероризма, као што га не може ни помињати у контексту уписа стварних власника, а да истовремено не реши питање признања траста.

Из ових разлога указујемо на потребу разматрања значаја Конвенције Траст за Републику Србију и њене евентуалне ратификације. С тим у вези, треба имати у виду да иако Хашка конференција за међународно приватно право није прва отпочела рад на унификацији правила о трасту,¹²⁵ она јесте успела да изнедри конвенцију о томе.

125 Пре тога се о унификацији правила о трасту расправљало у оквиру *Unidroit*, током педесетих година прошлог века у погледу права којим ће траст бити униформно

Мада Конвенција Траст не спада у конвенције Хашке конференције за међународно приватно право са великим бројем држава уговорница,¹²⁶ ова међународна организација, под чијим је окриљем настала, ни данас не одустаје од ње. О томе сведочи чињеница да спада у тзв. *core conventions*, односно кључне хашке конвенције о међународном приватном праву заједно са оним конвенцијама са преко стотину држава уговорница.¹²⁷ Дакле, број држава уговорница не мора бити опредељујући у погледу оцена квалитета ове конвенције. Наиме, неочекивани утицај Конвенције Траст огледа се у томе што је управо она, иако томе није стремила, утицала да траст заживи и у другим државама европско-континенталног правног круга, односно да инспирише настанак установа еквивалентних трасту.¹²⁸ Исто тако, треба имати у виду да иницијатива за доношење Конвенције Траст није потекла од држава које познају ову установу, већ управо од држава које у свом правном систему немају траст будући да су се релативно често суочавале са проблемом признања траста и свим ограничењима које супституција, као посебна техника тумачења, носи у случају траста.¹²⁹

Без обзира на то што Конвенција Траст потиче из 1985. године и има, за хашке конвенције, скромнији број држава уговорница, она је и даље врло актуелна. Последње ратификације уследиле су не тако давно (2017.¹³⁰ и 2018.¹³¹ године). Осим тога, она се не може сматрати реликтом прошлости ни зато што се недавно поново нашла у фокусу Хашке конференције, у нешто другачијем светлу. Наиме, Конференција је

уређен. Unidroit, International Institute for the Unification of Private Law, UPL 1957, Paper XL, Trust — Document 1, *Report on Possible Uses of Certain Principles of the Trust in Civil Law Countries*; UPL 1958, Paper XL, Trust — Document 2, *Memorandum Concerning the Introduction of Some Principles of Trust into the Civil Law Legislations*. Наведено према D. M. W. Waters, 1995, 341–342; 435–436.

126 Конвенција Траст има 14 држава уговорница (Аустралија, Канада, Кина – само Хонг Конг, Кипар, Италија, Лихтенштајн, Луксембург, Малта, Монако, Холандија, Панама, Сан Марино, Швајцарска и Уједињено Краљевство).

127 Као што су то Конвенција о укидању потребе легализације страних јавних исправа, *Службени листи ФНРЈ – Међународни ујовори и друји сјоразуми*, бр. 10/62, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 7/1991 и Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, *Службени јласник РС – Међународни ујовори*, бр. 12/2013.

128 Adeline Chong, Bridging the common law-civil law divide? The 1985 Trusts Convention, *Elgar Companion on the Hague Conference on Private International Law*. 2020, доступно на адреси: https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=5164&context=sol_research, 10. 11. 2024, 4–6.

129 D. Hayton (2014), 58.

130 Кипар.

131 Канада је проширила примену Конвенције Траст на Онтарио.

организовала, пре две године, *CODIFI* конференцију¹³² на којој се, између осталог, расправљало и о могућности да се механизам Конвенције Траст примени и на проблем признања установа аналогних трасту које потичу из европско-континенталног система.¹³³ Осим тога, Конвенција Траст се још разматра и у погледу могућности да одговори на изазове дигитализације у трговинским, дигиталним и финансијским секторима, а нарочито дигиталне економије и финансијских индустрија (*fintech industries*). У том смислу, Хашка конференција се окренула трима својим конвенцијама које спадају у категорију кључних (*core conventions*) – Конвенцији Траст (коју Србија није ратификовала), Конвенцији о меродавном праву за одређена права у погледу хартија од вредности које држе посредници (коју Србија није ратификовала),¹³⁴ као и Принципи-ма о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре (које Србија није имплементирала).¹³⁵ Из угла правног система Србије (а не само међународног приватног права), Конвенцију Траст не треба олако одбацити, не само услед тога што може бити од користи у данашњем свету чије је све поре прожела дигитализација, већ зато што она може да одговори изазовима који се јављају у погледу признања траста у Србији. Иако је траст подложен изигравању закона, те отуда и интервенција нашег законодавца у појединим секторима (што смо већ навели), механизми Конвенције Траст пружају довољно гаранција за заштиту нашег правног поретка приликом признања „лошег“ или „доброг“ траста. У том смислу, признање траста, ако је то неопходно, може се ограничити или спречити императивним нормама домаће државе или права друге државе (у зависности од тога које је од ова два права меродавно према колизионим нормама државе суда), нормама непосредне примене домаће државе, клаузулом јавног поретка, те могућношћу да се трасту признају само нека дејства ако се не може као такав регистровати у домаћој држави (када једино прибегавамо супституцији). Тиме је довољно чврсто постављен одбрамбени зид од негативних појава везаних за траст. Напослетку, за нашу државу би вредна пажње била и чињеница да се Конвенцији Траст окрећу каткада и судови и други надлежни органи држава које је нису ратификовале, ослањајући се,

132 Детаљније доступно на адреси: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=9000&dtid=50>, 15. 11. 2024.

133 HCCH, The HCCH 1985 Trusts Convention: Updates and possible future work, Proposal for future work on the HCCH 1985 Trusts Convention, Prel. Doc. No 14 of November 2021, доступно на адреси: <https://assets.hcch.net/docs/a83049e9-3cab-4b06-821a-fd10976cd182.pdf>, 10. 11. 2024, 6.

134 *Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*.

135 *2015 Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*.

приликом тражења еквивалентне установе, на њене руководеће принципе о појму траста.¹³⁶

Коришћена литература

- Audit Bernard, d'Avout Louis, *Droit international privé*, sixième édition, Paris, 2010.
- Birks Peter (ed.), *English Private Law*, vol. I, New York, 2000.
- Braun Alexandra, „The framing of a European law of trusts“, *The worlds of the trust* (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, 21. издање, Београд, 2022. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, 21. izdanje, Beograd, 2022)
- Waters W. M. Donovan, „The Institution of trust in civil and common law“, *Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, Nr. 252, Hague, 1995.
- Владетић Срђан „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. LVIII/2011. (Vladetić Srđan, „Основи траста англосаксонског права“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. LVIII/2011)
- von Overbeck Alfred E, „Explanatory Report on the 1985 HCCH Trusts Convention“, *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Tome II, *Trusts – applicable law and recognition*, Hague, 1985.
- von Hoffmann Bernd, Thorn Karsten, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München, 2007.
- Гамс Андрија, „Траст у англо-америчком систему права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/1957. (Gams Andrija, „Trast u anglo-američkom sistemu prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/1957)
- Гамс Андрија, „Нешто о фидуцијарним правним пословима“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2/1960. (Gams Andrija, „Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2/1960)
- Дика Михајло, Кнежевић Гашо, Стојановић Срђан, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991. (Dika Mihajlo, Knežević Gašo, Stojanović Srđan, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991)

136 D. Hayton (2014), 60.

- Dyer Adair, Van Loon Hans, „Report on Trusts and Analogous Institutions“, Preliminary Document No 1 of May 1982, *Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trusts – applicable law and recognition* (édités par le Bureau Permanent de la Conférence), Hague, 1985.
- Ђорђевић Славко, Мешкић Златан, *Међународно приватно право I – ошши geo*, Крагујевац, 2006. (Ђорђевић Slavko, Мешкић Zlatan, *Međunarodno privatno pravo I – opšti deo*, Крагујевац, 2006)
- Ђорђевић Славко, *Утврђивање и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља*, Крагујевац, 2020. (Ђорђевић Slavko, *Utvrđivanje i popunjavanje pravnih praznina u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja*, Крагујевац, 2020)
- Ђорђевић Славко, „Телеолошка редукција колизионих норми и попуњавање правних празнина у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља“, *Зборник радова Правној факултету Универзитета у Новом Саду*, бр. 2/2019. (Ђорђевић Slavko, „Teleološka redukcija kolizinih normi i popunjavanje pravnih praznina u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu*, br. 2/2019)
- Ђуровић Љилјана, „Уговор о фидуцијарном преносу својине“, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 10/1998. (Ђуровић Ljiljana, „Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine“, *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 10/1998)
- Karlović Tomislav, „Fiducijarni prijenos vlasništva i trust – uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i njegovom priznavanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3/2018.
- Knoepfler François, Schweizer Philippe, *Droit international privé suisse*, deuxième édition, Berne, 1995.
- Ковачевић Куштримовић Радмила, Лазич Мирослав, *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008. (Ковачевић Kuštrimović Radmila, Lazić Miroslav, *Uvod u građansko pravo*, Niš, 2008)
- Ковачевић Куштримовић Радмила, Лазич Мирослав, *Стварно право*, Ниш, 2009. (Ковачевић Kuštrimović Radmila, Lazić Miroslav, *Stvarno pravo*, Niš, 2009)
- Крстић Ђурица, „Институт траста (trust) у англо-америчком праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–3/1998. (Крстић Đurica, „Institut trasta (trust) u anglo-američkom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3/1998)

- Лазич Мирослав, Планојевић Нина, „Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе“, *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 10/2011, том II. (Lazić Miroslav, Planojević Nina, „Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore“, *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 10/2011, том II)
- Lewald Hans, „Règles générales des conflits des lois: Contribution à la technique du droit international privé“, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 69, Martinus Nijhoff, 1939-III.
- Mayer Pierre, Heuzé Vincen, *Droit international privé*, 10e édition, Paris, 2010.
- Пајтић Бојан, „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права с правом Европске уније – фидуцијарно обезбеђење потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2012. (Pajtić Bojan, „Harmonizacija domaćih pravnih propisa iz oblasti građanskog prava s pravom Evropske unije – fiducijarno obezbeđenje potraživanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2012)
- Rašović Zoran, *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997.
- Симоновић Ивана, „Траст (trust) и његови упоредиви правни институти у европско-континенталном правном систему (први део)“, *Одговорност у правном и друштвеном контексту*, књ. 3 (ур. Небојша Раичевић), Ниш, 2023. (Simonović Ivana, „Trast (trust) i njegovi uporedivi pravni instituti u evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu (prvi deo)“, *Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu*, knj. 3 (ur. Nebojša Raičević), Niš, 2023)
- Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право – општи део*, 8. издање, Београд, 2023. (Stanivuković Maja, Živković Mirko, *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, 8. izdanje, Beograd, 2023)
- Стојановић Драгољуб, *Увод у грађанско право*, 8. издање, Београд, 1990. (Stojanović Dragoljub, *Uvod u građansko pravo*, 8. izdanje, Beograd, 1990)
- Стојановић Драгољуб, *Стварно право*, Београд, 1991. (Stojanović Dragoljub, *Stvarno pravo*, Beograd, 1991)
- Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (eds. Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, Hugh Beale, Jérôme

- Huet, Peter Schlechtriem, Mathias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll), München, 2009.
- Trautman, Donald T. „Study on business and charitable trusts (preliminary Document No 2 of May 1982)“, *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Tome II, *Trusts – applicable law and recognition*, Hague, 1985.
- Thévenoz Luc, „Trust: The Rise of a Global Legal Concept“, *European private law: a handbook*, vol. II (ed. Mauro Bussani, Franz Werro), Berne, 2014.
- Hayton David, How has the trust come to have a role in civil law jurisdictions, Remarks By The Honourable Mr Justice David Hayton, Judge of the Caribbean Court of Justice, on the occasion of The CALCA Conference in St Maarten at the CALCA Conference, Caribbean Court of Justice – The Trust of as the Modern Vehicle for Investment and Estate Planning in Common Law and Civil Law Countries, St. Maarten, 2016, доступно на адреси: https://ccj.org/wp-content/uploads/2021/03/Remarks-by-Mr-Justice-David-Hayton-at-the-CALCA-Conference-in-St-Maarten_20161027.pdf, 20. 9. 2024.
- Hayton David, „Trusts in Private International Law“, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 366, Martinus Nijhoff, 2014.
- Heimholz Richard, Zimmermann Reinhard (eds.), *Itinera Fiducie: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998.
- Chong Adeline, „Bridging the common law-civil law divide? The 1985 Trusts Convention“, *Elgar Companion on the Hague Conference on Private International Law*, 2020, доступно на адреси: https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=5164&context=sol_research, 10. 11. 2024.
- Šmalcelj Želimir, „Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu, I“, *Naša zakonitost*, br. 2/1969.
- Šmalcelj Želimir, „Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu (nastavak)“, *Naša zakonitost*, br. 3/1969.

Sanja MARJANOVIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Niš – Faculty of Law, Serbia

Ivana SIMONOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Niš – Faculty of Law, Serbia

TRUST – A COMMON CHALLENGE OF CIVIL SUBSTANTIVE LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper, we discuss a trust, an institute of widespread application in the laws of the Anglo-American system, which is not regulated in the Serbian legal system. In order to find the best solution to approach the trust in Serbian law, we consider the problem from two perspectives. First, we analyse similar legal institutions to a trust, as known to Serbian law and judicial practice (such as a fiduciary relationship) in terms of civil substantive law. Then, we discuss it from the perspective of Private International Law, pointing out the shortcomings of substitution method in the case of a trust, especially in terms of legal certainty principle. Since two Serbian statutory acts (on the prevention of money laundering and on the registration of real owners) mention a trust, but do not regulate it, there is a legal gap, since even substitution does not provide a solution. Relying on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and its Recognition, we point out the importance of direct recognition of a trust validly established abroad, without the use of substitution method. This is not the only reason why we suggest the legislator to consider its ratification, but also because it prevents the misuse of trust.

Key words: *Trust. – Fiduciary Transfer of Ownership. – Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and its Recognition. – Substitution. – Legal Certainty.*

Датум пријема рада: 20. 11. 2024.

Датум исправке рада: 5. 12. 2024.

Датум прихватања рада: 10. 12. 2024.

УДК: 341.241.8 ; 347.451.92

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_24403A

др **Марко ЈОВАНОВИЋ***

Ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРИЛОГ ТУМАЧЕЊУ ЧЛАНА 39 КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Сажетак

Члан 39 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечке конвенције) уређује дужности куйца да обавести иродавца о несаобразности робе која му је испоручена. Иако би се на први поглед могло наслутивати да значај ове одредбе није велики јер она у првом реду служи примени других правила којима су уређена права куйца у случају да му је испоручена несаобразна роба, ипак живији поглед на њену примену у судској и арбитражној пракси, као и на доктринарне радове који су јој посвећени, показује да се у погледу тумачења члана 39 Конвенције јављају бројна питања и недоумице. У овом раду се зашто размајрају кључни елементи и сврха правила о обавештавању иродавца о несаобразности испоручене робе и на подлози тих израживања се изводе закључци о правилима којих се треба држати приликом тумачења посмајране одредбе. Та правила обухватају дужности тумачења члана 39 Конвенције у светлу његовој међународној карактера а не значења које његовим одређеним елементима припадају поједина национална

* Електронска адреса аутора: marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs.

права, пошребу узимања у обзир циља и сврхе обавештења о несаобразности, као и ослањања на уредну судску и арбитражну праксу. Ова правила не само да доприносе исправнијем разумевању садржаја члана 39 Конвенције, већ и побољшавају правну сигурност и предвидљивост исхода у међународној трговини. Уз ова правила, која се могу окарактерисати као оштреважећа, са становишта домаће права посебно је важно имати у виду да је српски превод члана 39 Бечке конвенције у једном делу недоследан, па је од изузетног значаја да се садржај ове одредбе утврђује из некој од текстова Конвенције сачињених на једном од њених званичних језика.

Кључне речи: Бечка конвенција. – Обавештење о несаобразности. – Тумачење. – Међународна продаја робе. – Права купца.

I Увод

Првог дана јануара 2023. године навршило се тридесет пет година од почетка примене Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или Конвенција). За те три и по деценије број страна-уговорница се повећао са десет, колико је њеним чланом 99 став 1 предвиђено да је било неопходно да би Конвенција ступила на снагу у смислу међународног права,¹ на скоро 100, колико их је данас.² Иако је већ и сам број уговорних страна импресиван, јер премашује половину држава-чланица Организације Уједињених нација, под чијим окриљем је Конвенција закључена 1. априла 1980. године у Бечу, чини се да је много илустративнији показатељ важности Конвенције структура њених уговорница. Конвенцијом су обавезане многе од највећих светских трговинских сила: САД, Русија, Кина, Јапан, скоро све државе-чланице Европске уније,³ Мексико,

1 Првих десет држава које су депоновале инструменте ратификације, прихватања, одобравања или приступања и тиме омогућиле да Бечка конвенција ступи на међународноправну снагу биле су: Аргентина, Египат, Замбија, Италија, Кина, Либан, Сирија, Сједињене Америчке Државе, Финска и (тадашња) Социјалистичка Федеративна Република Југославија.

2 На дан 1. новембра 2024. године, Бечка конвенција је имала 97 страна уговорница. Може се очекивати да се ускоро тај број повећа још за две државе, јер су Етиопија и Руанда усвојиле унутрашње прописе којима се омогућава приступање Бечкој конвенцији, али њихове изјаве о обавезаности Конвенцијом још увек нису депоноване код генералног секретара Уједињених нација који је, према члану 89 Конвенције, њен депозитар.

3 Од садашњих 27 чланица Европске уније, једине две државе које нису обавезане Бечком конвенцијом су Ирска и Малта.

Јужна Кореја, Аустралија. Са друге стране, треба приметити да неке од значајних држава-учесница у међународној трговини, попут Индије, Велике Британије, Јужноафричке Републике и Нигерије, још увек нису обавезане Конвенцијом, али се упркос томе процењује да се Конвенција примењује на око 80% уговора о међународној продаји робе на светском нивоу.⁴

Као један од разлога широке прихваћености Бечке конвенције обично се наводи то што њена правила представљају резултат изузетно квалитетног рада на унификацији правила међународне трговине.⁵ Поједина решења прихваћена у Бечкој конвенцији тако чине мост између главних светских правних система, чиме не само да се подстиче даљи развој института и правила националних права, већ се превазилазе и ранија достигнућа на плану уједначавања права међународне трговине.⁶ Зато и не чуди што је Конвенција послужила као узор за касније иницијативе за хармонизацију уговорног права међународне трговине како на регионалном,⁷ тако и на глобалном⁸ нивоу.⁹

4 Ingeborg Schwenzer, „Introduction“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter), Oxford University Press, Oxford, 2022⁵ (I. Schwenzer (2022a)), 1.

5 Peter Schlechtriem, „Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations“, *Juridica International*, Nr. 10/2005, 27–28.

6 Преговарању и усвајању Бечке конвенције претходио је рад на унификацији права међународне продаје у оквиру тада тек основаног Међународног института за унификацију приватног права (UNIDROIT) на иницијативу професора Ернста Рабела током тридесетих година XX века, као и усвајање хашких Једнообразних закона 1964. године. Из различитих, углавном геополитичких разлога, ниједна од ових иницијатива није остварила свој пун потенцијал у пракси, али су оне заједно скренуле пажњу на важност уједначавања правила међународне трговине и утрле пут широком консензусу о том питању који је потврђен усвајањем коначног текста Бечке конвенције под окриљем Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL). Више о историји Бечке конвенције вид. Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law – the Vienna 1980 Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987, 303–308; Sunil Harjani, „The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts“, *Houston Journal of International Law*, Nr. 1/2004, 52–55; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „The CISG – A Story of Worldwide Success“, *CISG Part II Conference* (ed. J. Kleinemann), Oxford University Press – Iustus, Uppsala, 2009, 121–122; Franco Ferrari, Marco Torsello, *International Sales Law – CISG in a Nutshell*, West Academic Publishing, St. Paul, 2018, 1–3; I. Schwenzer (2022a), 1–3.

7 Бечка конвенција је послужила као узор за састављање Принципа европског уговорног права (енг. *Principles of European Contract Law – PECL*) и Једнообразног акта о општем трговинском праву (фр. *Acte uniforme sur le droit commercial général*), сачињеном у оквиру Организације за хармонизацију афричког уговорног права (OHADA).

8 Решењима Бечке конвенције инспирисали су се и творци Принципа међународних трговинских уговора (енг. *Principles of International Commercial Contracts – PICC*),

Наравно, није тешко претпоставити да до консензуса о коначном тексту Бечке конвенције није дошло лако, нарочито када се радило о формулисању правила и института који у неком облику већ постоје у појединим националним правима а у Конвенцији је требало да добију уједначено, „међународно“ рухо. Пример таквог института је и дужност обавештавања продавца о несаобразности испоручене робе, чијој анализи и тумачењу је посвећен овај рад. Иако је ова дужност начелно позната главним светским правним системима, правила која се на њу примењују се значајно разликују од једног националног права до другог. Тако, германски и неки романски правни системи (нпр. италијански и јужноамерички) садрже прецизно дефинисану дужност купца да обавести продавца о несаобразности (уз разлике у роковима за слање обавештења), англо-саксонска права предвиђају постојање дужности обавештавања о несаобразности само у случају да купац жели да раскине уговор, док француско право не прописује дужност обавештавања о несаобразности већ само налаже да тужба за раскид уговора због несаобразности робе мора да буде поднета у року од две године од откривања несаобразности.^{10,11} Дужност купца да обавести продавца о недостацима испоручене ствари предвиђена је и нашим правом.¹² Члан 481 Закона о облигационим односима уређује режим прегледа ствари и обавештавања о видљивим недостацима, док наредна одредба прописује правила обавештавања о скривеним недостацима.

које је формулисао Међународни институт за унификацију приватног права (UNIDROIT).

- 9 Више о овоме вид. I. Schwenzer, P. Hachem, 123–125; I. Schwenzer (2022a), 8–10.
- 10 Ingeborg Schwenzer, „Article 39 CISG: Buyer’s Notice of Non-Conformity“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter), Oxford University Press, Oxford, 2022⁵ (I. Schwenzer (2022b)), 869–870.
- 11 У овом смислу треба приметити како је Апелациони суд у Паризу исправно нагласио да су рокови предвиђени чланом 39 Бечке конвенције само рокови за обавештавање продавца о несаобразности испоручене робе, а не рокови за утуживање права која проистичу из те несаобразности. Вид. *Monsieur H.F. v. Eco Tendance S.à.r.l. et al.*, Cour d’Appel de Paris, Pôle 4 – Chambre 10, 19/10806, 30. новембар 2023. године, пасус 85, CISG-online Case No. 6715. У истом смислу вид. и одлуку Апелационог суда из Дуеа, *Engie Energie Services SA v. Foronex S.p.r.l.*, Cour d’Appel de Douai, Chambre 2, Section 1, 20/04405, 13. октобар 2022. године, пасус 17, CISG-online Case No. 6044.
- 12 Упркос многим сличностима, ова дужност према српском праву има значајне разлике у односу на исту дужност према Бечкој конвенцији. Више о томе вид. Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд, 2012, 169. Детаљније о овим разликама вид. Сандра Фишер-Шобот, „Појам, садржај и форма обавештења о несаобразности робе у међународном и домаћем праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, 436–448.

Иако се конкретна правила, по природи ствари, разликују у наведена два случаја, заједничко својство им је да, нарочито код уговора у привреди, законодавац инсистира на што бржем обавештавању како би се што пре отклонила потенцијална неизвесност у погледу саобразности испоруке. Тако, ако је преглед робе извршен у присуству обе стране, купац је дужан да продавца обавести о видљивим недостацима *одмах*, ако продавац није био присутан приликом прегледа купац је дужан да га о манама обавести без одлагања, док је у случају да је купац отпремио робу даље без претовара, а могућност такве даље отпреме је продавцу била или морала бити позната приликом закључења уговора, преглед робе могуће одложити до њеног приспећа у место опредељења, а купац мора да обавести продавца о евентуалним недостацима *чим је њо редовном току ствари могао за њих дознајти од својих клијената*.

Уз разлике у упоредноправном режиму обавештавања продавца о несаобразности робе коју је испоручио, током преговора о тексту Бечке конвенције јавила су се и размимоилажења између развијених држава и држава у развоју у погледу коначног решења које треба усвојити. Делегација Гане је, тако, истакла да губитак права на позивање на несаобразност у случају да купац пропусти да благовремено обавести продавца о тој несаобразности представља „драконску“ санкцију коју би требало обрисати.¹³ Овај став је подржала делегација Нигерије, али су делегати из Бугарске, Велике Британије, Француске, Аустралије и Грчке били против брисања, па предлог Гане није ни стављен на гласање.¹⁴

Имајући у виду значај дужности купца да обавести продавца о несаобразности робе за примену целокупног система правила међународне продаје на којима се Бечка конвенција заснива, овај рад ће се усредсредити на ближе разматрање члана 39 Конвенције, којим је ова дужност уређена, и покушаће да, на основу анализе новије судске и арбитражне праксе, осветли неке нове углове тумачења обавезе обавештавања о несаобразности. Потреба за освртом на тумачење члана 39 Конвенције је утолико већа ако се узме у обзир да обавеза обавештавања о несаобразности робе, вероватно због свог умногоне техничког карактера, није често била предмет научних разматрања, нарочито не у литератури на српском језику. Тумачењу ове обавезе приступићемо из угла њене сврхе, примењујући пре свега телеолошку анализу, али ћемо најпре укратко приказати садржај и циљ члана 39 Бечке конвенције, а затим се детаљније посветити језичком тумачењу трију његових важних компонената: форми обавештења, роковима за његово давање и његовом садржају.

13 United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods – Official Records, United Nations, New York, 1991, 320.

14 *Ibid.*, 320–321.

II Садржај и циљ члана 39 Бечке конвенције

Члан 39 Бечке конвенције, којим је уређен главни део дужности купца да обавести продавца о манама купљене робе, има два става. У првом ставу прописана је дужност купца да обавести продавца о природи недостатака купљене робе у разумном року од тренутка када је тај недостатак открио или био дужан да га открије, под претњом губитка права на позивање на уочену несаобразност ако довољно детаљно обавештење није дато у наведеном року. У другом ставу је постављен објективни и преклузивни рок од две године од дана стварне предаје робе купцу унутар кога се обавештење о несаобразности мора дати, опет под претњом губитка права на позивање на уочену несаобразност у случају протекла рока. Изузетно, ако је уговорном гаранцијом предвиђен дужи или пак краћи рок за давање обавештења, тај гарантни рок ће се примењивати уместо преклузивног двогодишњег, прописаног чланом 39 став 2 Конвенције.¹⁵

У теорији се указује на то да је члан 39 Конвенције диспозитивног карактера, јер су стране у уговору о међународној продаји робе слободне да модификују неке његове делове или чак да у потпуности искључе његову примену, у складу са чланом 6 Конвенције.¹⁶

Овај начелни приказ садржаја члана 39 Бечке конвенције захтева и неколико додатних објашњења. Пре свега, важно је имати у виду да под појмом несаобразности робе члан 39 Конвенције обухвата и видљиве недостатке и скривене мане. Ова напомена је важна нарочито из перспективе оних правних система код којих је појам несаобразности по свом домашају разграничен од појма скривених мана, па обухвата само видљиве недостатке. У таквим случајевима је нарочито важно поштовати дужност аутономног тумачења Бечке конвенције, која произлази из њеног члана 7, као што је то у једној скорашњој одлуци исправно

15 Члан 39 Бечке конвенције, у преводу на српски језик садржаном у Закону о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84) гласи:

„(1) Купац губи право да се позива на недостатак саобразности робе ако о томе није продавцу послао обавештење у коме је навео природу недостатка, у разумном року од тренутка када га је открио или морао открити.

(2) Купац у сваком случају губи право да се позове на недостатак саобразности робе, ако о њему није обавестио продавца најкасније у року од две године рачунајући од дана стварне предаје робе купцу, изузев када је тај рок несагласан са роком о уговорној гаранцији.“

16 Вид. у том смислу С. М. Bianca, М. Ј. Bonell, 311; F. Ferrari, М. Torsello, 277; Christoph Brunner, Michael Schifferli, „Article 39 CISG“, *Commercial Law – Article-by-Article Commentary* (ed. Peter Mankowski), С. Н. Beck – Hart – Nomos, München – Oxford – Baden-Baden, 2019, 206.

учинио Апелациони суд у Бордоу и одбио да другачије третира видљиве недостатке од скривених мана, као што би то локално, у датом случају француско, право чинило.¹⁷

Из садржаја члана 39 Конвенције јасно је да је он у блиској вези са неколико других одредаба које му дају пуно значење. Најпре, да би купац уопште био у могућности да испуни дужност давања обавештења о несаобразности, потребно је да претходно изврши преглед робе, на начин и у роковима прописаним чланом 38 Конвенције. Ако је купац пропустио да дође у прилику да продавца ваљано обавести о недостацима робе, он онда губи и право да се користи средствима која би му иначе стајала на располагању у случају када продавац повреди своју уговорну обавезу испоруком несаобразне робе. Та средства су прописана члановима 45–52 Конвенције (захтев за отклањање недостатака, захтев за испоруку друге, заменске робе, раскид уговора, захтев за снижавање купопродајне цене). Уз то, пропуст купца да продавца ваљано обавести о несаобразности испоручене робе лишава купца и права да потражује накнаду штете у складу са члановима 74–76 Конвенције. Ипак, чланом 44 Конвенције предвиђено је да купац може да тражи снижавање цене у складу са чланом 50 или да захтева накнаду штете (изузев за изгубљену добит) ако има разумно оправдање зашто није обавестио продавца о недостацима. Такође, пропуштање купца да обавести продавца о недостацима робе у складу са чланом 39 Конвенције неће утицати на губитак његових права ни онда када се недостатак саобразности односи на чињенице које су продавцу биле познате или му нису могле бити непознате, а он их није открио купцу.¹⁸

Сам садржај члана 39 Конвенције, као и одредбе које употпуњују његов домаћај, указују на неколико важних циљева које успостављање дужности давања обавештења о несаобразности испуњава у систему Конвенције. Прво, како то примећују неки коментатори Конвенције, ова дужност служи заштити разумних очекивања уговорних страна.¹⁹ Разумно очекивање купца је да добије робу нарученог квалитета и количине унутар предвиђених рокова, док је разумно очекивање продавца да се што пре отклони неизвесност у погледу задовољства купца испорученом робом. Оба ова очекивања објашњавају захтеве за детаљношћу обавештења (купац мора да наведе у чему је тачно дошло до одступања

17 Вид. *Beologic NV v. MS Amlin Insurance et al.*, Cour d'Appel de Bordeaux, 4ème chambre, 23/00375, 10. јануар 2024. године, пасус 36, CISG-online Case No. 6748.

18 Вид. чл. 44 Конвенције.

19 Stefan Kröll, „Article 39“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck – Hart – Nomos, München – Oxford – Baden-Baden, 2018², 589, са даљим упућивањима.

од уговореног, како би продавац то могао да исправи) и за испуњењем дужности обавештавања без прекомерног одлагања (како би купац што пре добио саобразну испоруку а неизвесност продавца у погледу задовољства купца се што пре прекинула). На тим линијама, може се закључити да прописивање дужности обавештавања о несаобразности служи испуњењу још једног важног циља Конвенције, видљивог и из неколико других њених одредаба,²⁰ а то је да уговор о продаји одржи на снази. Благовремено обавештавање продавца о тачној природи недостатка испоручене робе омогућава продавцу да рекламирани недостатак исправи у року и на начин да уговорни однос са купцем буде што је могуће мање поремећен. Коначно, иако је статус принципа савесности и поштења као општег принципа Бечке конвенције у најмању руку споран,²¹ чини се несумњивим да Конвенција на овом месту прописује дужност лојалног понашања уговорних страна, што може представљати израз општег правног принципа забране злоупотребе права.²² Наиме, у неколико својих одредаба Конвенција забрањује „прећуткивање“ или нетачно представљање чињеница које су доступне једној уговорној страни а од значаја су за другу.²³ Чини се да забрани злоупотребе права служи и члан 39 Конвенције, јер захтевом да се продавац обавести о несаобразности у разумном року спречава да се „калкулише“ на плану тренутка давања обавештења и да се обавештење учини онда када за сврху не би имало само да омогући да продавац ваљано испуни своју обавезу испоруке саобразне робе, већ и да се оствари нека друга повољност за купца која није предвиђена, односно заштићена уговором. Забрана злоупотребе права важи и у супротном смеру, што потврђује већ цитирани члан 44 Конвенције – купац ће моћи да се позива на несаобразност робе чак и када није обавестио продавца о томе у складу са чланом 39 у ситуацији када је продавац већ знао или морао да зна за недостатке испоручене робе, а то није ставио до знања купцу.

20 Вид. нпр. чл. 47 и 63 Конвенције, којима је предвиђено право на одређивање додатног рока за испуњење продавачевих, односно купчевих обавеза, чл. 71 Конвенције којим се уређује право на одлагање испуњења обавеза, као и начелно изузетан карактер раскида уговора који у Конвенцији има статус „крајњег средства“, о чему сведоче чланови 45, 49, 61 и 64.

21 Више о томе вид. Alexander Komarov, „Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1)“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005/2006, 82–85.

22 F. Ferrari, M. Torsello, 26–27.

23 Вид. у том смислу нарочито нпр. чл. 43 о дужности пријављивања потраживања трећих лица, чл. 65 о одређивању облика, мере или других обележја робе, чл. 68 у делу који уређује последице непријављивања губитка или оштећења робе у контексту преласка ризика.

Дакле, може се закључити да, премда на први поглед можда делује као „минијагура“ у целокупном систему права, обавеза и дужности купца и продавца успостављеног Бечком конвенцијом, обавештавање о несаобразности заправо служи остварењу неколико кључних елемената купопродајног односа (ваљаном испуњењу обавезе испоруке саобразне робе, односно могућности коришћења различитих права за случај да та обавеза није испуњена), по свом садржају представља занимљиву варијацију начина на који је институт обавештавања дефинисан у различитим националним правима, а по својој природи омогућава остваривање неколико кључних циљева Бечке конвенције. Ова својства члана 39 Бечке конвенције су од нарочитог значаја за даљу анализу његових појединих делова.

III Форма обавештења о несаобразности

Један од основних принципа на којима се заснива Бечка конвенција јесте принцип неформалности уговора о продаји робе.²⁴ Сходно томе, сматра се да ни обавештење о несаобразности дато на основу члана 39 Конвенције није *a priori* подвргнуто никаквом посебном захтеву форме.²⁵ И заиста, у ситуацији када би, примера ради, купац и продавац заједно прегледали робу приликом примопредаје, било би сасвим очекивано, разумно и ефикасно да купац на лицу места усмено обавести продавца о недостацима робе које је приликом прегледа уочио. Међутим, правило о неформалности обавештења о несаобразности би свакако било упутно посматрати у контексту могућности избејања спора између купца и продавца, у коме би као одлучујуће могло да се постави питање ваљаности купчевог испуњења дужности обавештавања према члану 39 Конвенције.²⁶ Иако би се и елементи ове дужности, баш као и постојање самог уговора о продаји, могли доказивати било којим средством, укључујући и сведоке,²⁷ обавештење дато у форми која омогућава писани траг би без сумње било најпожељније са становишта правне сигурности и предвидљивости, нарочито у оним правним системима чија процесна правила хијерархизују доказну снагу појединих

24 Вид. чл. 11 Бечке конвенције.

25 У том смислу, изричито, вид. *Buyer (Germany) v. Edco Eindhoven B.V.*, Rechtbank Oost-Brabant, C/01/364407 HAZA 20–720, 4. мај 2022. године, пасус 63, CISG-online Case No. 5906.

26 Тако је, примера ради, могућност давања обавештења усменим путем прихваћена у предмету *Buyer (USA) v. Euro Stable CVBA et al.*, Rechtbank Limburg, C/03/259855 HAZA 19–59, 8. март 2023. године, пасус 35, CISG-online Case No. 6250, уз напомену да није могуће утврдити тачан садржај тог обавештења.

27 Вид. чл. 11 Бечке конвенције.

доказних средстава. Ипак, питање прихватљивости одређеног доказног средства или лакоће доказивања би требало посматрати одвојено од услова за формалну пуноважност обавештења о несаобразности.²⁸

Треба, међутим, напоменути да опште правило о неформалности обавештења о несаобразности трпи два важна изузетка. Прво, сходно члану 9 став 2 Бечке конвенције, странке су обавезане широко познатим обичајима у међународној трговини, односно обичајима који се примењују на уговоре исте врсте у датој грани трговине. То би значило да би трговачки обичај у погледу форме обавештења о несаобразности који би евентуално постојао у погледу неке врсте уговора о продаји у одређеној грани трговине обавезивао конкретне странке без обзира на то да ли су оне такав захтев форме изричито уговориле или не. У вези са могућношћу уговарања одређене форме обавештења о несаобразности јавља се и друго одступање од принципа неформалности обавештења – у складу са општим правилима о слободи уговарања, странке су слободне да заједничком вољом подвргну обавештење о несаобразности одређеном захтеву форме, и то било тако што ће се о томе изричито споразумети, било тако што ће у том погледу између себе успоставити одређену праксу у складу са чланом 9 став 1 Бечке конвенције. Сматра се, међутим, да судови или арбитраже не треба да уваже неразумне захтеве у погледу форме.²⁹

У вези са питањем форме обавештења о несаобразности корисно је подсетити на неколико примера неадекватног тумачења члана 39 Бечке конвенције у домаћој арбитражној пракси условљених непрецизним преводом Конвенције на српски језик у закону о њеној ратификацији, на које је већ скренута пажња у стручној литератури.³⁰ Наиме, енглеска формулација „*The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not **give notice** to the seller (...)*“ из члана 39 Конвенције на српски је званично преведена као „*Купац губи право да се позира на недоследност саобразности робе ако о томе није продавацу **послао обавештење** (...)*“. Употреба термина „*послао обавештење*“ је, вероватно, арбитраже са седиштем у Србији у најмање четири предмета навела да сматрају да обавештење о несаобразности мора да буде дато у писаној форми.³¹ У једном предмету је такав став

28 На значај разлике између ваљаности доказа и ваљаности самог приговора указује и М. Ђорђевић, 173.

29 S. Kröll, 593.

30 Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, 593–595.

31 Ради се о одлукама у предметима: Т–18/01 од 27. новембра 2002. године, Т–09/01 од 23. фебруара 2004. године, Т–15/04 од 21. фебруара 2005. године и Т–10/04 од

изричито заузет, уз допуну да усмено телефонско обавештење „*мора*“ да буде потврђено слањем писаног обавештења,³² у другом предмету се из образложења закључује да је поступајући арбитар стајао на становишту да обавештење о манама робе не може да буде ваљано ако је дато у телефонском разговору,³³ док у трећем предмету арбитражно веће исправно примећује да Бечка конвенција не уређује питање форме обавештења о несаобразности, „(...) али из чињенице да оно *треба да буде њослајто и њејове садржине, логична је њисмена форма*“ (истакао аутор).³⁴ Ово својеврсно „учитавање“ захтева писане форме у члан 39 Бечке конвенције арбитри затим покушавају да додатно оснаже констатацијом да је у спољнотрговинским пословима уобичајено да се приговори упућују писаним путем, односно да се усмени приговор без одлагања писано потврди. Изложено гледиште би, међутим, значило да у датом случају захтев писане форме произлази из члана 9 став 2 Конвенције (трговински обичај), а не из члана 39, што је веома битна разлика. Али, у том случају би било потребно доказати да писана форма обавештења о несаобразности заиста и представља трговински обичај у датој грани трговине што се, према нашем тумачењу наведене арбитражне одлуке, у овом предмету ипак није десило.

Придружимо се ставу аутора који су први уочили изложене проблеме да не би требало прихватити мишљење по коме члан 39 Бечке конвенције налаже писану форму обавештења о несаобразности.³⁵ Утемељење за наш став налазимо у избору речи коришћених при формулисању члана 39 на званичним језицима Конвенције. Тако, енглески текст Бечке конвенције не говори о слању, већ о давању обавештења, што је радња која по својој природи не захтева нужно писану форму. Околност да је тежиште члана 39 Конвенције на томе да продавац буде обавештен о манама робе а не на форми тог обавештења још је видљивија из текстова Конвенције на другим званичним језицима. Тако се, на пример, у француском тексту користи формулација: „*Lacheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas*“

6. новембра 2005. године. Наведено према: В. Павић, М. Ђорђевић, 594.

32 Вид. одлуку у предмету Т-18/01 од 27. новембра 2002. године. Наведено према: В. Павић, М. Ђорђевић, 594.

33 Вид. одлуку у предмету Т-15/04 од 21. фебруара 2005. године. Наведено према: В. Павић, М. Ђорђевић, 594.

34 Вид. одлуку у предмету Т-09/01 од 23. фебруара 2004. године. Наведено према: В. Павић, М. Ђорђевић, 594.

35 В. Павић, М. Ђорђевић, 594–595. Овај став подржава и С. Фишер-Шобот, 447–448. За супротно мишљење вид. Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG*, Sellier, München, 2007, 156–157, који сматрају да је усмено дато обавештење недовољно са становишта члана 39 Конвенције.

au vendeur (...)“, која би се могла превести тако да „[к]уџаџ љуби љраво да се љозива на недосџаџаџ саобразносџи ако џа не џријави/назначи љродавцу (...)“. Слично томе, и можда још јасније потврђујући неформалност обавештења, у шпанском тексту се каже: „*El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor (...)*“, што би могло да се преведе као: „[к]уџаџ ће изџубиџи љраво да се љозива на недосџаџаџ несаобразносџи робе ако џа не саоџиџиџи љродавцу (...)“. Исто се закључује и из арапске верзије Конвенције. Она у овом делу користи глагол *خط* (*khaTara*), који би могао да се преведе као „дати на знање“ или „створити идеју код некога“.

Правне последице неадекватног превода одређених делова Бечке конвенције већ су разматране у домаћој теорији.³⁶ Изложено је схватање да је сврха превода садржаног у домаћем Закону о ратификацији Бечке конвенције куртоазна – тај превод служи да се они који ће примењивати Бечку конвенцију у пракси лакше упознају са њеним садржајем, али то не производи српски у један од званичних језика Конвенције, нити супституише Конвенцију законом о њеној ратификацији.³⁷ Конвенција се увек примењује у тексту сачињеном на једном од њених пет званичних језика,³⁸ без обзира на доступност службених или неслужбених превода на било који други светски језик. Према томе, „несрећан“ избор термина „*џослаџи обавешџење*“ у преводу члана 39 Конвенције на српски језик не би требало да има никакав правни значај и не би требало да домаће судије и арбитра наведу на закључак да сама Конвенција одступа од примарне примене принципа неформалности у погледу обавештења о несаобразности робе.

IV Рок за давање обавештења

Као што је већ наведено, члан 39 став 1 Бечке конвенције прописује да купац треба да да обавештење о недостацима робе у разумном року од тренутка када их је открио или морао да их открије. Из таквог одређења произлази да се у вези са рачунањем рока за давање обавештења јављају најмање две кључне дилеме. Прво: када је продавац открио или морао да открије недостатке? Друго: колико би тачно требало да износи *разуман* рок за давање обавештења?

36 За проблем неадекватног превода члана 1 Бечке конвенције вид. Марко Јовановић, „Место пословања или седиште? О правном значају разлике у преводу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе“, *Право и љривреда*, бр. 7–9/2016, 259–274.

37 *Ibid.*, 271–274.

38 Сходно члану 101 Бечке конвенције, њени званични језици су арапски, енглески, француски, кинески, руски и шпански, и сваки је поједанко веродостојан.

Што се прве дилеме тиче, њено решење је условљено природом недостатка. Код видљивих недостатака, рок за давање обавештења почиње да тече истеком рока за испуњење дужности прегледа робе, сходно члану 38 Конвенције.³⁹ Ако роба није уредно прегледана, истеком рока за испуњење дужности њеног прегледа наступа тренутак када је купац морао да открије недостатке и од тада почиње да тече разумно време за обавештавање продавца. Насупрот томе, код скривених мана, оних које се, по природи ствари не могу открити уобичајеним прегледом робе приликом пријема испоруке, рок за давање обавештења се помера унапред. На општи начин би се могло рећи да ће тада рок за обавештавање продавца о несаобразности почети да тече од тренутка када је купац прикупио (или био дужан да прикупи) довољно сазнања о мани да продавцу може довољно јасно да опише у чему се састоји недостатак.⁴⁰ Конкретно трајање периода за прикупљање сазнања може да зависи од бројних објективних и субјективних фактора, као што су обим, односно количина испоручене робе, њене карактеристике, капацитет купчеве компаније, односно самог купца да обави или организује преглед робе, његове личне и пословне прилике, итд.⁴¹ Опредељење за овакво одређивање тренутка почетка тока рока за обавештавање налазимо

39 У теорији се проблематизовало питање да ли рок за преглед робе и рок за давање обавештења представљају два одвојена рока или један сложени. У прилог првог схватања истицали су се аргументи да се ови рокови односе на два различита института, да су уређени различитим одредбама Конвенције и да су дефинисани на различите начине (рок за преглед робе према члану 38 Конвенције је што краћи рок који је могућ у датим околностима (енгл. *as short a period as is practicable in the circumstances*), док је рок за давање обавештења о несаобразности према члану 39 Конвенције разуман рок (енгл. *reasonable time*)). Са друге стране, у прилог другом схватању се истицало да пропуштање рока за преглед нема своју јасну санкцију већ се она огледа у немогућности да се да обавештење о несаобразности, што тек онда за конкретну последицу има немогућност коришћења правних средстава прописаних за случај испоруке несаобразне робе, као и то да у пракси прекорачење било ког од ова два рока на начин да они *заједно* превазилазе праг разумног за последицу имају исто што и повреда члана 39 Конвенције самог за себе. Чини се да је ова дилема коначно разрешена пре више од две деценије, када је Саветодавно веће за примену Бечке конвенције у свом Мишљењу бр. 2 јасно стало на становиште да су ова два рока различита и да се морају одвојено посматрати чак и када би чињенице конкретног спора омогућавале њихово сабирање и тумачење као једног јединственог временског периода. Вид. CISG AC Opinion No. 2 (E. Bergsten), „Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity – Articles 38 and 39“, доступно на адреси: <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no2>, 8. 11. 2024. За преглед и коментар напред описаних теоријских дилема вид. S. Kröll, 601–602.

40 Упор. C. Brunner, M. Schifferli, 209; S. Kröll, 602–605.

41 Вид. у том смислу *Buyer (Slovak Republic) v. Seller (Austria)*, Oberster Gerichtshof, 28. фебруар 2023. године, пасус 23, CISG-online Case No. 6292. Слично и P. Huber, A. Mullis, 160; Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009, 127.

у циљу и сврси обавештења – да продавца што потпуније информише о природи мане робе, како би он могао да је ефикасно отклони.

Скривене мане представљају велики изазов у погледу тумачења тренутка када је купац морао, тј. био дужан да их открије, па ће одређивање тог тренутка преваходно зависити од природе мане, начина њеног испољавања⁴² и свих других релевантних околности сваког појединачног спорног случаја.⁴³ Према мишљењу Саветодавног већа за примену Бечке конвенције, рок за преглед робе у случају постојања скривених мана почиње да тече онда када несаобразност постане приметна.⁴⁴ Ово је сасвим логично опредељење, јер док се скривена саобразност не испоји, купац не може да стекне знање о њеном постојању. Када то не би било тако, радило би се од почетка о видљивом недостатку. Тако је, примера ради, у једном спору између швајцарског купца и немачког продавца Апелациони суд у Минхену утврдио да је рок за обавештавање продавца о несаобразности, која се огледала у околности да је олдтајмер који је купац купио заправо годину дана млађи од онога што му је продавац представио током преговора и закључења уговора, почео да тече од тренутка када је механичар у сервису у који је купац одвезао аутомобил због поправке текућег квара, годину дана након куповине возила, случајно утврдио да је број шасије (на основу кога је могуће несумњиво утврдити старост аутомобила) брушен и мењан.⁴⁵

42 Занимљив пример узимања у обзир овог фактора приликом одмеравања разумног трајања рока за давање обавештења о несаобразности долази из холандске судске праксе и тиче се благовремености рока за обавештавање продавца да коњ који је био предмет куповине има катаракту. Наиме, суд је стао на становиште да је давање обавештења у року од годину и по дана од дана испоруке разумно јер катаракту није било могуће открити без специјалистичког ветеринарског прегледа, није одмах са сигурношћу могао да се предвиди ток болести будући да је откривена у раној фази испољавања што би утицало на детаљност обавештења, а узета је у обзир и околност да је унутар тих годину и по дана док обавештење у смислу члана 39 став 1 Конвенције није било дато постојала писана и усмена комуникација између купца и продавца, која показује да је купац од продавца покушавао да прибави податке о здравственом стању коња у периоду пре испоруке. Вид. *Buyer (USA) v. Euro Stable CVBA et al.*, Rechtbank Limburg, C/03/259855 HAZA 19–59, 8. март 2023. године, пасуси 33–37, CISG-online Case No. 6250.

43 Тако је, примера ради, у једном скорашњем спору између италијанског произвођача аутомобилских мотора и француског продавца кампинг-возила, Апелациони суд у Рену посветио посебну пажњу откривању узрока несаобразности испорученог спорног мотора, па утврдио да несаобразност није представљала (скривену) ману испоручене робе, већ је наступила као последица пропуста у техничкој контроли. Вид. *Romec S.r.l. v. Distrimotor S.à.r.l.*, Cour d'Appel de Rennes, 2ème chambre, 23/04691, 1. март 2024. године, пасус 14, CISG-online Case No. 6882.

44 CISG AC Opinion No. 2 (E. Bergsten), „Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity – Articles 38 and 39“.

45 *Buyer (Switzerland) v. Seller (Germany)*, OLG München, 7. Zivilsenat, 7 U 1224/21, 25. октобар 2023. године, пасуси 66–67, CISG-online Case No. 6641.

Са друге стране, за разлику од овог примера одлагања почетка тока рока за обавештавање, могуће је, наравно, и да рок за давање обавештења о несаобразности почне да тече одмах по пријему испоруке. То би, рецимо, био случај онда када је природа недостатка таква да се он може уочити и јасно описати чак и без детаљнијег прегледа (нпр. разлика у количини, разлика у амбалажи, разлика у боји, испорука очигледно друге врсте робе од уговорене).⁴⁶ Али, ако је продавац робу испоручио пре уговореног рока, сматра се да одмеравање рокова за преглед робе и обавештавање продавца треба да почне да тече од уговореног а не стварног датума испоруке, јер купац не треба да сноси штетне последице околности да је примио робу у тренутку када није био дужан да је очекује и за то потенцијално није био спреман.⁴⁷

У вези са проблемом одређивања тренутка почетка тока рока за обавештавање може да дође до још једне интересантне ситуације. То би био случај у коме испоручена роба истовремено садржи и видљиве недостатке и скривене мане. У оваквој ситуацији, требало би одређивати тренутак почетка тока рока за обавештавање у односу на сваки недостатак појединачно. Тако је, примера ради, учињено у спору који је решаван пред окружним судом за Источни округ Тексаса, а који је настао због несаобразне испоруке 10.000 таблет-рачунара. Наиме, испорука је била несаобразна по два основа: квантитативном (јер је испоручено 9.900 уместо уговорених 10.000 рачунара) и квалитативном (јер су испоручени рачунари споро радили услед неисправности одређених хардверских компоненти које су у њих биле уграђене). Купац је упутио обавештење о несаобразности у року нешто краћем од две године од испоруке, жалећи се првенствено на хардверске недостатке, а тек узгред помињући да је испоручено 100 рачунара мање од уговорене количине. Амерички суд је нашао да је обавештење о квалитативној несаобразности дато благовремено јер тачан узрок спорог рада испоручених рачунара није могао да се брзо открије а у држави купца чак није ни било могуће технички проверавати исправност спорних хардверских компоненти, док је у погледу квантитативне несаобразности суд одлучио да је обавештење неблагоприятно дато јер је мањак испоручене робе видљиви недостатак који може лако и брзо да се утврди и довољно јасно саопшти продавцу.⁴⁸

И у погледу решавања друге дилеме, одређивања трајања *разумној* рока за обавештавање продавца, јавља се доста потешкоћа. Почетна тачка у тражењу решења требало би да буде члан 7 став 1 Бечке конвенције

46 Вид. у том смислу I. Schwenzer (2022b), 880.

47 S. Kröll, 604.

48 *Shenzen Synergy Digital Co. Ltd v. Mingtel Inc.*, U.S. District Court for the Eastern District of Texas, Sherman Division, 4:19-cv-00216, 29. март 2022. године, пасуси 72–88, CISG-online Case No. 5845.

у коме је изложено опште правило њеног тумачења и који налаже да се приликом тумачења Конвенције води рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреде једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.⁴⁹ Овде се управо испуњење потребе унапређивања једнообразности примене Конвенције показало као посебно изазовно. Наиме, како је већ објашњено у уводном делу овог рада, у упоредном праву постоји прилична разноликост у погледу начина дефинисања дужности обавештавања о несаобразности робе. Та разноликост, како смо горе навели, иде од крајње строгости германских система, у којима је прихваћено да се обавештење мора дати у року од неколико дана, до крајње либералности француског права које ни не познаје самосталну дужност обавештавања о недостацима робе већ само уређује рок за подношење тужбе због несаобразности. Иако члан 7 став 1 Бечке конвенције налаже принцип аутономног тумачења појмова садржаних у Конвенцији, па тако и појма разумног рока из члана 39 став 1, проблем се појавио онда када су неки национални судови, и то нарочито немачки, почели да стандард разумног трајања рока за обавештавање из Бечке конвенције тумаче према схватању домаће праксе тумачења немачког права и пресуђују да разуман рок према Бечкој конвенцији траје исто колико и према националном праву – три до пет дана.⁵⁰ Овакав приступ је био не само методолошки погрешан са становишта интерпретативног правила садржаног у члану 7 став 1 Конвенције, већ и практично неадекватан, јер би чак и седмодневни рок за давање обавештења био исувише кратак у поређењу са конкретизацијом трајања разумног рока према Бечкој конвенцији у судској и арбитражној пракси у другим деловима света.

Осврћући се на хетерогеност приступа одређивању конкретног трајања разумног рока у упоредној судској и арбитражној пракси, професори Ферари (*Ferari*) и Торсело (*Torsello*) примећују да треба правити разлику између хетерогености резултата (тј. разлика у одмеравању конкретног трајања разумног рока) и хетерогености метода тумачења члана 39 Бечке конвенције. Док је први тип хетерогености по њиховом мишљењу нужна последица флексибилне терминологије која је прихваћена у члану 39 Конвенције, па зато не треба да створи посебну забринутост, дотле је хетерогеност метода тумачења много опаснија јер

49 Више о проблемима тумачења Бечке конвенције вид. Marko Jovanović, „Forever Young: The Gap-Filling Mechanism of the CISG as a Factor of Its Modernization“, *Balkan Yearbook of European and International Law*, Nr. 2020, 41–60.

50 Ingeborg Schwenzer, „The Noble Month (Articles 38, 39 CISG) – The Story Behind the Scenery“, *European Journal of Law Reform*, Nr. 3–4/2006, 357–358, са навођењем релевантне праксе која, између осталог, показује да је суд у Диселдорфу стао на становиште да је рок од седам дана за обавештавање продавца у случају продаје корнишона неразумно дуг.

показује да се судови и арбитраже без основа удаљавају од интерпретативних налога члана 7 Конвенције и тумаче члан 39 према принципима и схватањима домаћег права.⁵¹

Ова колебања упоредне праксе навела су професорку Швенцер (*Schwenzer*) да у свом немачком коментару члана 39 Бечке конвенције још деведесетих година XX века сугерише да, у одсуству било каквих посебних околности које би утицале на његово трајање, разуман рок за обавештавање продавца о недостацима нектварљиве робе треба да износи месец дана.⁵² Ова препорука, колоквијално названа „великодушних месец дана“ (енг. *noble month*), врло брзо је имала одјек у немачкој судској пракси тумачења и примене Бечке конвенције, па се тако као прва одлука у којој се „великодушних месец дана“ може сматрати прихваћеним наводи пресуда немачког Савезног суда (*Bundesgerichtshof*) у чувеном спору око продаје новозеландских дагњи.⁵³ Ова пракса се у потоњим годинама усталила и извршила утицај и на аустријске судове, где је тамошњи Врховни суд (*Oberster Gerichtshof*) у једној пресуди из 1997. године стао на становиште да је дужност прегледа робе благовремено испуњена ако је трајала десет дана до две недеље, док је разуман рок за обавештавање продавца о недостацима робе месец дана.⁵⁴ Међутим, под ударом критика тамошње доктрине, аустријски Савезни суд је убрзо одустао од „великодушних месец дана“ и вратио се пређашњој пракси, уобличеној домаћим стандардима схватања стандарда разумности у аустријском праву, према којој и преглед робе и давање обавештења морају да се обаве у збирном року од 14 дана.⁵⁵

Иако би постојање одређених смерница у погледу одмеравања трајања разумног рока за давање обавештења било несумњиво корисно, разноликост прилика и околности у међународној трговини чини немогућим да се трајање разумног рока на апстрактан начин квантификује. Опција бројчаног одређивања трајања овог рока није била чак ни разматрана на Дипломатској конференцији у Бечу.⁵⁶ Зато

51 F. Ferarri, M. Torsello, 279–280.

52 Наведено према: I. Schwenzer (2006), 358.

53 *New Zealand Mussels Case*, Bundesgerichtshof, 8. март 1995. године, CISG-online Case No. 144.

54 Oberster Gerichtshof, 27. мај 1997. године.

55 *Austrian Wood Case*, 15. октобар 1998. године, Oberster Gerichtshof, CISG-online Case No. 380. За новији пример оваквог става вид. *Buyer (Slovak Republic) v. Seller (Austria)*, Oberster Gerichtshof, 28. фебруар 2023. године, пасус 25, CISG-online Case No. 6292.

56 Али, треба имати у виду да временско фиксирање рока за обавештавање продавца о недостацима робе није методолошки потпуно неприхватљиво у упоредном праву. Тако, примера ради, члан 1495 став 1 Италијанског грађанског законика предвиђа

се теорија углавном приклања ставу да конкретно трајање рока за давање обавештења треба да се рачуна у светлу релевантних околности сваког појединачног спора, међу које се убрајају: природа робе, околност да ли се ради о фиксној продаји или не, расположивост средстава комуникације, итд.⁵⁷ Такав став је потврђен и у Мишљењу бр. 2 Саветодавног већа за примену Бечке конвенције, у коме се изричито наводи да разуман рок за обавештавање продавца о недостацима испоручене робе зависи од околности сваког конкретног случаја, да ће некада разумно бити да се обавештење дā истог дана а некад после дужег периода, те да никакав фиксни рок, било да он износи две недеље, један месец или било како другачије не може да се *a priori* и на апстрактан начин прихвати без узимања у обзир релевантних фактора, а то су врста робе, природа недостатка, прилике у којима се уговорне стране налазе, као и меродавни обичаји.^{58, 59}

Чини се да овај став не доводи у питање ни сама професорка Швенцер, која своју препоруку о „великодушних месец дана“ објашњава потребом да постоји одређени оријентир у погледу трајања рока, који ће се онда продужавати или скраћивати зависно од конкретних прилика и околности.⁶⁰ Коначно, професор Крол (*Kröll*), прихватајући став да стандард разумности треба конкретизовати у светлу различитих субјективних и објективних околности сваког појединачног случаја, исправно скреће пажњу на то да треба разликовати околности које утичу

да купац губи право да се позива на гаранцију за исправност робе ако не пријави продавцу недостатке у року од осам дана од дана када их је открио, осим уколико друкчије не произлази из договора страна или неке друге законске одредбе.

57 Camilla Baasch Andersen, Francesco Mazzotta, Bruno Zeller, *A Practitioner's Guide to the CISG*, Juris, New York, 2010, 392.

58 CISG AC Opinion No. 2 (E. Bergsten), „Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity – Articles 38 and 39“.

59 Занимљив пример узимања у обзир различитих фактора приликом оцене разумности трајања рока за давање обавештења о несаобразности пружа новија холандска судска пракса. Наиме, у спору поводом манљиве испоруке канцеларијског намештаја, где је уговорена продаја 10 столова и 20 столица за компанијску кантину а продавац је испоручио само столове, Окружни суд у Хелдерланду је стао на становиште да 30 дана за давање обавештења, рачунајући од дана испоруке столова, представља разуман рок. Образлажући овај став, суд је навео да у обзир узима околност да је било разумно да купац сачека неко време након испоруке столова пре него што реагује према продавцу како би се уверио да испорука столица не касни, као и околност да су столови испоручени око две недеље пре божићних и новогодишњих празника, што је време када ни једна ни друга компанија не раде. Вид. *AGES Maut System GmbH & Co. KG v. Butler Nederland B.V.*, Rechtbank Gelderland, 10562327 \ CV EXPL 23–4193, 27. септембар 2023. године, пасуси 17–18, CISG-online Case No. 6644.

60 I. Schwenzer (2022b), 878–880.

на дужину трајања рока за преглед робе од околности које утичу на трајање рока за давање обавештења о њеним недостацима.⁶¹ Примера ради, код трговине лако кварљивом робом рокови за обавештавање о несаобразности по природи ствари морају да буду кратки. У том духу је Окружни суд у Ротердаму у једној недавној одлуци стао на становиште да разуман рок за обавештавање о несаобразности испорученог кромпира и шипка износи (само) три дана.⁶²

У сваком случају, чланом 39 став 2 Бечке конвенције предвиђено је да купац губи право да се позива на несаобразност робе ако о томе није обавестио продавца у року од две године, почев од дана стварне предаје робе купцу. Овај рок, међутим, може да буде модификован (продужен или скраћен) уговорном гаранцијом. Губитак права на позивање на несаобразност по истеку овог објективног рока, био он конвенцијски или уговорно одређен, наступа и у случају када би купац имао право да се позове на члан 44 Конвенције и захтева снижење цене или накнаду штете ако из оправданих разлога није обавестио продавца о недостацима робе у разумном року. Важно је приметити да двогодишњи рок почиње да тече од тренутка када је роба дошла у државину купца а не од тренутка када је дошло до преласка ризика, који може да наступи и пре предаје робе купцу. Ако је, пак, уговором предвиђено да продавац робу испоручи директно купчевом клијенту, купчев двогодишњи рок за обавештавање продавца почиње да тече од тренутка предаје робе клијенту. Али, ако је продавац робу предао купцу, а купац је даље отпремио свом клијенту без разумне могућности да је прегледа пре отпремања, двогодишњи рок ће свеједно почети да тече од тренутка када је роба испоручена купцу, јер је језик члана 39 став 2 Конвенције у том погледу јасан и не оставља простор за изузетак, за разлику од члана 38 став 3.⁶³

Међутим, члан 39 став 2 Бечке конвенције отвара врата за могућност уплива националног, односно иначе меродавног права у погледу најмање два значајна питања. Прво је питање рачунања рокова, које Бечка конвенција не уређује. Зато би се, у случају да се јави дилема у погледу тога када би се сматрало да истиче двогодишњи рок ако његов последњи дан пада на нерадни дан или дан који у тој календарској години не постоји (нпр. 29. фебруар), на ово питање примењивало иначе меродавно право, у складу са чланом 7 став 2 Конвенције. Друго је питање рока застарелости купчевог потраживања по основу

61 S. Kröll, 605.

62 *Seller (Egypt) v. Riva Fruit B.V. et al.*, Rechtbank Rotterdam, C/10/608300 HAZA 20-1114, 8. децембар 2021. године, пасуси 47 и 54, CISG-online Case No. 5738.

63 I. Schwenzer (2022b), 882.

несаобразности испоручене робе. Рокови за обавештавање из члана 39 Конвенције су рокови који омогућавају купцу да уопште конституише неко потраживање од продавца по основу несаобразности. Ако би купац поднео тужбу за, рецимо, накнаду штете због испоруке несаобразне робе против продавца а није га претходно обавестио о тој несаобразности у разумном, односно двогодишњем року, продавац у судском или арбитражном поступку неће истицати приговор застарелости купчевог потраживања већ ће се бранити тако што ће доказивати да, због дејства члана 39 Конвенције, потраживања уопште ни нема. Насупрот томе, ако је купац уредно обавестио продавца о недостацима испоручене робе, имаће право да се позива на чланове 45–52 и 74–76 Конвенције и то како у преговорима са продавцем, тако и пред судом, односно арбитражом. Али, његова могућност утуживања потраживања које има према продавцу биће временски омеђена роковима застарелости који су уређени иначе меродавним правом.⁶⁴

Овде би могла да се јави и додатна потешкоћа које проистиче из концепцијске разлике континенталних и англо-саксонских правних система, јер првонаведени квалификују застарелост као питање материјалног, а другонаведени углавном као питање процесног права.⁶⁵ Ова разлика, међутим, утиче само на то да ли ће се рокови застарелости тражити у *lex causae* или *lex fori*, али ће они свакако бити уређени неким другим извором права а не Бечком конвенцијом. Проблем донекле може да буде олакшан тиме што је један број држава, укључујући и нашу, обавезан Конвенцијом УН о застарелости потраживања у међународној продаји робе из 1974. године, која унификује материју застарелости потраживања из уговора о међународној продаји робе, поставља општи четворогодишњи рок за утуживање оваквих потраживања који, у случају тужбе по основу испоруке несаобразне робе, почиње да тече од тренутка када је роба заиста предата купцу или када је он испоруку одбио (дакле, исто као и двогодишњи рок за давање обавештења о несаобразности)⁶⁶ и заобилази дилему правне квалификације овог питања. Па ипак, Конвенцијом о застарелости потраживања је везан далеко мањи број држава него Бечком конвенцијом,⁶⁷ тако да је њен

64 Сходно члану 4 Бечке конвенције, она се примењује само на закључење уговора о продаји робе и права и обавезе продавца и купца које проистичу из таквог уговора.

65 Вид. Richard Garnett, *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 263–265 и 268–272.

66 Вид. чл. 8 и чл. 10 ст. 2 Конвенције о застарелости потраживања.

67 На дан 1. новембра 2024. године, Конвенцијом о застарелости потраживања у верзији измењеној Протоколом из 1980. године, биле су везане 23 државе, а још седам држава је било обавезано неизмењеним текстом. За ажуране податке о броју

допринос избегавању примене националног права на питање застарелости потраживања по основу испоруке несаобразне робе у практичном смислу мали.⁶⁸

V Садржај обавештења

Као што смо на почетку овог рада објаснили, сврха дужности купца да обавести продавца о недостацима испоручене робе је, између осталог, и у томе да продавцу омогући да недостатке отклони и тиме омогући да уговор са купцем остане на снази уз што мање, а у идеалном случају нимало, одступања у односу на иницијални споразум. Да би се то омогућило, члан 39 Бечке конвенције прописује да се обавештење о несаобразности мора дати без неразумног одлагања, али и да мора да садржи опис природе недостатка. Управо је садржина обавештења о несаобразности извор готово непресушних дилема теорије и праксе у погледу тога шта се сматра довољним да, у светлу стандарда из члана 39 став 1 Конвенције, продавцу стави до знања у чему се несаобразност састоји. Штавише, у погледу степена детаљности обавештења о природи несаобразности постоје и разлике међу националним правним системима: док германски правни системи захтевају велику прецизност у опису недостатка, остали правни системи који познају дужност обавештавања о несаобразности имају нешто флексибилнији приступ овом елементу.⁶⁹ Сви ови фактори заједно усложњавају одговор на питање шта се сматра довољно јасним обавештењем у смислу члана 39 став 1 Бечке конвенције.

Упркос изложеним тешкоћама, чини се да преовладава схватање да обавештење о недостацима испоручене робе мора да садржи два кључна елемента: несумњиво исказану сврху (тј. стављање до знања продавцу да је испоручена роба несаобразна) и адекватно објашњење природе недостатка.⁷⁰ Оба наведена елемента захтевају нешто подробнију анализу.

Што се тиче првог елемента, стављања до знања продавцу да је испоручена роба несаобразна, он проистиче из језичког тумачења члана 39 став 1 Бечке конвенције. Испуњеност овог услова би требало

уговорница ове Конвенције вид. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/limitation_period_international_sale_of_goods/status, 8. 11. 2024.

68 О овом проблему вид. Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)*, Oceana Publications, 1992, 128.

69 I. Schwenzer (2022b), 871–872.

70 У том смислу: S. Kröll, 594; C. Brunner, M. Schifferli, 206–207; I. Schwenzer (2022b), 871.

ценити у светлу критеријума садржаних у члану 8 Конвенције, који уређује како се изјаве и друге радње страна у уговору о међународној продаји робе имају тумачити па, сходно томе, у пресудној мери зависи од околности сваког конкретног случаја. Ипак, могуће је извести и одређене општије закључке у овом погледу, па се тако са приличном сигурношћу може рећи да упућивање наруџбенице за нову робу продавцу, без икакве назнаке да се ради о заменској испоруци у смислу члана 46 став 2 Конвенције (који чак и садржински раздваја захтев за замену од обавештења о недостацима) или да је већ испоручена роба несаобразна, не представља ваљано обавештавање продавца у смислу члана 39 став 1 Конвенције.⁷¹ Исто тако, и просто уздржавање купца од тражења или пријема нових испорука тамо где је уговорена продаја робе са узастопним испорукама, опет без икакве назнаке зашто се то чини, не би могло да се сматра обавештењем о несаобразности у смислу члана 39 став 1 Конвенције.⁷² Коначно, од значаја за процену да ли одређена изјава купца представља обавештење о недостацима у смислу члана 39 став 1 Конвенције од значаја може да буде и целокупно држање купца у купопродајном односу. Пошто је једна од сврха обавештења из члана 39 став 1 Конвенције да омогући купцу да се служи одређеним правним средствима предвиђеним за случај да продавац повреди уговор, купчево понашање након изјаве коју даје као обавештење о недостацима мора да буде усмерено ка отклањању последица несаобразне испоруке, тј. ка коришћењу неког од средстава прописаних члановима 45–52 Конвенције, односно ка потраживању накнаде штете у складу са члановима 74–76 Конвенције. Тако је Апелациони суд у Минхену закључио да се не може сматрати обавештењем о недостацима у смислу члана 39 став 1 Конвенције изјава купца да је одушевљен квалитетом

71 Тако *Seller (Germany) v. Buyer (Germany)* [*Natural Stone Marble Slabs Case*], Oberlandesgericht Saarbrücken, 5. Zivilsenat, 5 U 426/96–54, 17. јануар 2007. године, пасус 35, CISG-online Case No. 1642, где је суд изричито нашао да телефонски позив којим је купац само наручио нову робу не представља обавештење о несаобразности, јер у датим околностима продавац није могао тако да га разуме. Међутим, суд даље наводи да би остао при истом закључку све и да је купац навео разлог нове наруџбине, што већ сматрамо неоправданим и неоснованим. Наиме, да је купац навео да нова поруџбина представља заменску робу (за чиме ће, по природи ствари, бити потребе само ако је првобитна испорука манљива) то би, према нашем схватању, значило да је тиме несумњиво дао до знања продавцу да нешто са првобитном испоруком није у реду. Сходно томе, елемент *обавештавања* о несаобразности би тада био испуњен. Друго је питање да ли би такво обавештење на довољно јасан начин указивало на природу недостатка, али испуњење захтева да је обавештење уопште дато представља предуслов за разматрање да ли је и други, од њега независни, услов јасноће садржаја испуњен.

72 Вид. у том смислу *Seller (Italy) v. Buyer (Germany)*, Oberlandesgericht Koblenz, 2. Zivilsenat, 2 U 50/12, 3. јун 2013. године, *passim*, CISG-online Case No. 2469.

испоручених ципела, али да неки парови нису били саобразни, при чему је наставио да потражује и плаћа нове испоруке.⁷³ Суд је оценио да је у таквим околностима за продавца било разумно да схвати купчеву изјаву као обичну информацију да је неколико парова испоручених ципела одударало од високог квалитета целокупне испоруке, а не као обавештење да је описане недостатке потребно отклонити и да у том циљу купац има намеру да користи неко од правних средстава које му Конвенција ставља на располагање. На сличној линији је и одлука Апелационог суда у Греноблу који је протумачио да изјава купца која гласи: „Ако ситуација настави да се појављује, мораћемо да вам се обратимо и слободни смо да верујемо да ћете у њом случају предузети своју одговорност“ не садржи несумњиво исказану сврху протеста, већ само најављује кораке које ће предузети уколико испоручена роба настави да буде незадовољавајућег квалитета.⁷⁴

Ипак, вероватно најделикатније питање у вези са дужношћу обавештавања о недостацима испоручене робе јесте питање формулације тог обавештења. У вези са тим, члан 39 став 1 Бечке конвенције налаже да обавештење мора да „назначи природу недостатка“ (енг. „(...) specifying the nature of the lack of conformity (...)“). Када се овај налог пропусти кроз филтере чланова 7 (јер утврђивање потребног степена детаљности обавештења представља питање тумачења Конвенције) и 8 (јер утврђивање потребног степена јасноће обавештења представља питање тумачења изјава и других радњи уговорних страна), могуће је и овде извести неколико општијих закључака.

Прво, са становишта сврхе обавештења о недостацима да помогне да уговор о продаји остане на снази, потребно је да обавештење *конкретном* продавцу на довољно јасан начин стави до знања у чему се дати недостаци састоје, како би несаобразна роба могла да се поправи или замени.⁷⁵ То значи да се не може говорити о неком „универзалном“ степену јасноће обавештења, већ да испуњеност овог критеријума зависи од знања и верзираности сваког продавца понаособ. Од купца се не очекује да нужно има посебна техничка знања, али мора што верније и детаљније да опише због чега сматра да испоручена роба није саобразна, чак и ако то чини лаичким језиком.⁷⁶

73 *Seller (Italy) v. Buyer (Germany)*, Oberlandesgericht München, 7. Zivilsenat, 7 U 2525/16, 10. јануар 2017. године, пасуси 15–16, CISG-online Case No. 2800.

74 *Etablissements André Bondet S.A. v. Eco Tendance S.a.r.l. et al*, Cour d'appel de Grenoble, 7. септембар 2021. године, 18/02617, CISG-Online Case No. 5780.

75 F. Enderlein, D. Maskow, 127; P. Schlechtriem, P. Butler, 128; F. Ferrari, M. Torsello, 280–281.

76 Тако С. Brunner, М. Schifferli, 207.

Пошто обавештење треба да ангажује конкретног продавца и покрене његову реакцију, али мора да купцу буде уочљиво, отуда се намеће и други закључак, а то је да јасноћа његовог садржаја зависи како од објективних (нпр. очигледности испољавања недостатка), тако и од субјективних околности (нпр. схватања изјава и радњи купца). Зато се сматра да би у процени испуњености захтева за довољном конкретносту обавештења требало примењивати тзв. субјективно-објективни тест, који би у обзир узимао врсту робе којом се тргује,⁷⁷ природу недостатка,⁷⁸ друштвено-културолошке прилике уговорних страна,⁷⁹ инфраструктуру којом располажу⁸⁰ и искуство у трговини датом врстом робе,⁸¹ итд.⁸²

Као занимљив пример за покушај разграничења недовољно од довољно јасног образложења могу да послуже два примера из праксе. У једној скорашњој одлуци Првостепени суд у Женеви је стао на становиште да обавештење које гласи да „*испоручена роба није ваљана*“ није довољно јасно, тим пре што се у датом случају несаобразност огледала у физичком оштећењу намештаја који је био предмет продаје, што је мана која је лако опазива и за чију се идентификацију не тражи никакво посебно стручно знање веће од оног које поседује свако ко такав намештај користи.⁸³ Са друге стране, Апелациони суд у Колмару је оценио да

77 Примера ради, ако се тргује сијалицама за новогодишње јелке и купац обавести продавца да „сијалице не раде“, то објашњење би се, *grosso modo*, могло сматрати потенцијално довољно јасним, јер би његово уобичајено разумевање било да сијалице не светле, што може да буде последица малог и ограниченог круга разлога: дефекта самих сијалица, дефекта жице која их повезује или дефекта трансформатора. Са друге стране, ако се тргује аутомобилима и купац обавести продавца да „аутомобили не раде“, такво објашњење само по себи готово сигурно не би задовољавало захтев довољне прецизности јер не би ни изблиза указивала на то у чему се тачно састоји неваљаност рада аутомобила и који део или група делова (од неколико десетина хиљада, колико их има у просечном аутомобилу) је погођена кваром, односно манљивошћу.

78 Примера ради, једноставнији и очигледнији недостатак, као што би, рецимо, била испорука мање или веће количине робе од уговорене, би захтевао мање детаљно обавештење.

79 Примера ради, далекоисточни народи углавном избегавају изричито упућивање замерки и своје незадовољство изражавају опширним парафразама, док се неки други народи, попут рецимо словенских, најчешће много сажетији и директнији.

80 Што је инфраструктура купца већа, то би било очекиваније да обавештење о недостацима буде детаљније.

81 Што је продавац искуснији у трговини датом врстом робе, то би се могло више очекивати да из сразмерно мање детаљног обавештења стекне довољан увид у природу недостатка.

82 Више о овом тесту вид. I. Schwenzer (2022b), 872, са даљим упућивањима.

83 *Seller (Italy) v. Buyer (Switzerland)*, Tribunal de Première Instance de Genève, C/16258/2017/JTPI/9216/2021, 6. јул 2021. године, пасус 43, CISG-Online Case No. 5899.

обавештење у коме се наводи да „*машина за њепање љжва и набира одећу ње да је њојребно неколико љуџа убацџији истии одевни љредмеџи, а машину љодесџији на љрву брзину*“ довољно јасно ставља до знања продавцу природу мане продате робе, иако не даје прецизан технички опис недостатка.⁸⁴ Дакле, може се закључити да садржај обавештења о несаобразности треба у првом реду да одговара његовој сврси – оно треба да омогући продавцу да схвати у чему се састоји несаобразност робе коју је продао и отклони је на што бржи и адекватнији начин.

С тим у вези може се поставити питање да ли недовољно јасно обавештење ствара обавезу продавца да од купца затражи да прецизније наведе у чему се састоји несаобразност. У тражењу одговора може да помогне резонување Апелационог суда у Паризу у спору који се тицао продаје драгог камења. Купац је електронском поштом обавестио продавца да „*квалиџеџи камења љројресивно оџада, да камење некада сџиже нечистио и да боја није уједначена*“. Продавац је одговорио да ће „*убудуће боље бираџи камење и конџролисџи ља још једном љре оџџреме*“, као и да „*није сиџуран да је моџуће наџи свеџло-розе родоџије великих љречника*“. Стране су, наиме, најпре преговарале о продаји овог камења мањих димензија, па је продавац могао да се обавеже да ће их доставити у одређеној нијанси розе, али са повећањем пречника није више био сигуран да је то и даље могуће због физичко-хемијских карактеристика тог камена. Купац није реаговао на овај одговор и наставио је да поручује драго камење од продавца током наредних пет месеци. Апелациони суд у Паризу је био мишљења да, све и када би се обавештење купца о незадовољавајућем квалитету дела робе могло узети као обавештење о несаобразности у смислу члана 39 Бечке конвенције (што суд није посебно разматрао, али се из формулисања тог дела образложења може закључити да је у погледу таквог закључка имао одређене резерве), одсуство реакције купца на одговор продавца и наставак поручивања робе свакако поништавају свако евентуално формално дејство иницијалног обавештења које је упутио продавцу.⁸⁵ Иако то Апелациони суд у Паризу у својој одлуци није изричито рекао, стиче се утисак да недовољно јасна изјава о природи несаобразности не може бити сматрана ваљаним обавештењем у смислу члана 39 Бечке конвенције. Самим тим, она не може ни да створи евентуалну обавезу продавца да се ближе распита о природи несаобразности јер целом ланцу догађаја недостаје први корак на плану права – ваљано обавештење о несаобразности које ће створити обавезу продавца да несаобразност отклони, односно које ће

84 *Laco Machinery NV v. Eberhardt Frères S.A.S. et al.*, Cour d'appel de Colmar, 18/00401, 29. новембар 2021. године, пасус 14, CISG-Online Case No. 5865.

85 *Diamprest S.A.S. v. Sebex S.A.*, Cour d'appel de Paris, 20/18636, 1. март 2022. године, пасуси 44–53, CISG-Online Case No. 5922.

омогућити купцу да се користи неким од правних средстава која му Бечка конвенција ставља на располагање за случај да му је испоручена несаобразна роба. Са друге стране, све и да је обавештење о несаобразности ваљано са становишта члана 39 Конвенције, сматрамо да формална обавеза продавца који у недовољној мери разуме природу мане да се о томе ближе распита код купца и даље не постоји. Она може да буде подразумевана као предуслов за испуњење продавчеве обавезе отклањања недостатака, али сама за себе нема правни значај. Упућивање додатног упита купцу би евентуално могло да буде значајно за примену напред описаног субјективно-објективног теста јасноће обавештења, али само као једна од околности које би помогле суду или арбитражи да утврди да ли је конкретан продавац био у прилици да разуме и схвати природу недостатка робе коју је испоручио купцу.⁸⁶ Али, сматрамо да се не би могло допустити да купац упути изјаву крајње општег садржаја (примера ради: „Испоручена машина не ради добро“) и тиме активира механизам члана 39 Конвенције и све његове последице, а да притом суштински на продавца пребаци дужност распитивања и сазнавања тачне природе недостатка како би могао да испуни своју обавезу отклањања тог недостатка на најрационалнији и најприкладнији начин. Осим што овакав исход не би имао упориште у језику и смислу члана 39 Конвенције, чини нам се да би у практичном смислу водио изигравању циљева које ова одредба треба да оствари.

Конечно, опет са становишта сврхе обавештења о несаобразности, важно је напоменути да оно нема улогу неке апстрактне формуле или „магичних речи“ које се морају изговорити да би одређена животна ситуација постала правно препозната, као што је то давно био случај у римском праву, већ је његова сврха крајње утилитарна и усмерена ка отклањању тачно одређеног недостатка. Тако, обавештење о несаобразности којим се продавцу указује на ману испоручене робе другачију од оне која се утужује пред судом или арбитражом не може се сматрати ваљаним све и када испуњава услове везане за благовременост и јасноћу

86 За супротно мишљење вид. I. Schwenzer (2022b), 872–873 и S. Kröll, 599, који продавчеву дужност да се ближе распита о природи несаобразности изводе из опште дужности савесног поступања. Иако разумемо циљ и сврху оваквих ставова, сматрамо да би њихово прихватање могло да доведе до *de facto* модификације члана 39 Конвенције, јер би заправо дозволило ситуацију у којој би купац у сваком случају могао да да крајње описно обавештење (рецимо: „Роба је несаобразна“) и тиме створи дужност продавца да даље испитује природу несаобразности. Према нашем виђењу такав исход није намеравани циљ члана 39 Бечке конвенције. Оваквим тумачењем би се, по нашем мишљењу, значајно пореметио „унутрашњи баланс“ члана 39 Конвенције, који је од кључног значаја за правилну расподелу терета дужности и обавеза између купца и продавца у систему Бечке конвенције. Више о унутрашњој балансираности члана 39 вид. С. Фишер-Шобот, 439.

садржаја. Овакав став јасно потврђује одлука холандског Окружног суда за Зејланд и Западни Брабант у спору где је купац продавца обавестио да је авокадо који му је испоручен измрзао, да је лошег квалитета, неодговарајуће зрелости и трулих стабљика, а онда је у поступку пред судом истицао друге недостатке робе. Окружни суд је нашао да овакво обавештење није ваљано у смислу члана 39 Бечке конвенције јер мане на које се указује у обавештењу морају да буду оне које се истичу и пред судом.⁸⁷

VI Закључак

Иако би се на први поглед могло рећи да члан 39 Бечке конвенције има само помоћну улогу у систему правила о међународној продаји јер омогућава, односно ускрађује доступност одређених права у случају испоруке несаобразне робе, ова одредба има велики теоријски и практични значај.

Теоријски значај члана 39 огледа се у томе што он представља изузетан пример остварења главних аспирација твораца Конвенције – да створе унификован скуп правила међународне продаје робе који неће бити под одлучујућим утицајем ниједне националне правне концепције. Као што смо показали, члан 39 Конвенције је формулисан тако да на врло практичан и потребама међународног промета прилагођен начин мири разлике које постоје између различитих принципа помоћу којих национална права уређују питање обавештавања о несаобразности. Међутим, са данашње тачке гледишта можемо да приметимо да се током више од три и по деценије примене Конвенције десио и један повратан процес: концепција обавештавања о несаобразности прихваћена у Бечкој конвенцији водила је унапређењу неких националних правила у овој области, у појединим државама где су та правила у претходном периоду новелирана.⁸⁸

Веома битан је и практични значај члана 39 Конвенције. Од његовог исправног разумевања зависи ваљана примена читавог низа правила која уређују права купца у случају испоруке несаобразне робе. Управо због тога тумачење члана 39 Конвенције још увек није исцрпљена тема. Како смо у овом раду утврдили, чак и новија пракса

87 *Organto Europe B.V. v. Axafruit S.L, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, C/02/394240/HA ZA 22-55*, 30. новембар 2022. године, пасуси 44–46, CISG-Online Case No. 6125.

88 О перспективама утицаја Бечке конвенције на даљу реформу српског уговорног права у општем смислу вид. Милена Ђорђевић, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012, 263–265.

примене ове одредбе показује одређена колебања и потврђује да њен текст оставља простор за извесне недоумице. Анализа те праксе наводи на закључак да постоје два главна „кривца“ за погрешну примену члана 39 Конвенције. Један је његово тумачење у светлу правила и принципа националног права а други је својеврсно читавање у текст члана 39 одређених елемената које ова одредба једноставно не садржи. Не треба посебно образлагати да су обе наведене ситуације недозвољене правилима Конвенције, па самим тим и непожељне у пракси.

Како би се ситуације погрешног разумевања и примене члана 39 Бечке конвенције избегле, потребно је да се ова одредба, баш као и било која друга одредба Конвенције тумачи у складу са правилима прописаним чланом 7, а не националним прописима, колико год текст члана 39 Конвенције својим садржајем личио на решење неког националног права. То је посебно важно у контексту тумачења стандарда разумног трајања рока за давање обавештења, у погледу чега, како смо показали, постоје значајне разлике у упоредној пракси. Принцип аутономног тумачења, који је у суштини прописан чланом 7 Бечке конвенције, по нашем схватању налаже системски приступ разумевању члана 39. Овај закључак изводимо из налога члана 7 Конвенције да се она тумачи у складу са дужношћу савесности у међународној трговини. Системски приступ тумачењу члана 39 Бечке конвенције се, по нашем схватању, састоји у поштовању три императива. Први је да се не посеже за националним правом, осим онда када се ради о ситуацији која би требало да буде уређена Конвенцијом а за коју Конвенција не садржи изричито решење нити би се оно могло извести из принципâ на којима је Конвенција заснована. Ова обавеза сасвим јасно произлази из члана 7 Конвенције. Други императив је да се води рачуна о циљу и сврси обавештења о несаобразности, што за последицу треба да има то да тумачење члана 39 Конвенције не склизне у пуки формализам већ да се ослања на основни задатак који обавештење о несаобразности треба да испуни: да омогући продавцу да што брже и ефикасније отклони недостатак и омогући да уговор остане на снази уз генерисање минималних додатних трошкова. Као што смо већ напоменули, члан 39 Конвенције служи ваљаном остварењу права предвиђених за случај испоруке несаобразне робе, па зато сматрамо да значење члана 39 треба да се разуме у сврси остваривања тих права. Трећи императив је да би приликом тумачења и примене члана 39 Конвенције требало имати у виду инострану судску и арбитражну праксу, као и мишљења Саветодавног већа за примену Бечке конвенције. Иако немају формалноправну обавезност, ове одлуке и мишљења могу и треба да служе као корисан путоказ за глобално уједначавање примене члана 39 Конвенције, што је важно за

промовисање њеног међународног карактера, сходно налогу из члана 7 Конвенције.

На ова три општеважећа принципа, можемо да додамо и један посебни, који је од нарочитог значаја за наше право. Наиме, члан 39 Бечке конвенције, баш као и још неколико њених одредаба, није савним верно преведен у домаћем Закону о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, што је проблем на који је домаћа доктрина већ указивала у неколико наврата. Та преводилачка недоследност је нажалост навела део домаће праксе да помисли да члан 39 Конвенције налаже писану форму обавештења о несаобразности што, како смо показали, не одговара стварном значењу ове одредбе. Како би се избегли случајеви примене неадекватног текста ове или неке друге манљиво преведене одредбе Конвенције, потребно је увек имати у виду и њен текст на неком од званичних језика и бити свестан да је превод Конвенције на српски садржан у Закону о њеној ратификацији само куртоазног карактера. На тај начин ће се избећи погрешно тумачење и примена члана 39 Конвенције а наша пракса ће се у већој мери ускладити са упоредном, чиме ће се побољшати правна сигурност и предвидљивост исхода примене Бечке конвенције у нашем правном систему.

Коришћена литература

- Baasch Andersen Camilla, Mazzotta Francesco, Zeller Bruno, *A Practitioner's Guide to the CISG*, Juris, New York, 2010.
- Bianca Cesare Massimo, Bonell Michael Joachim, *Commentary on the International Sales Law – the Vienna 1980 Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987.
- Brunner Christoph, Schifferli Michael, „Article 39 CISG“, *Commercial Law – Article-by-Article Commentary* (ed. P. Mankowski), C. H. Beck – Hart – Nomos, München – Oxford – Baden-Baden, 2019.
- Garnett Richard, *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Ђорђевић Милена, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2012. (Ђорђевић Милена, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija, Beograd, 2012)
- Ђорђевић Милена, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012. (Ђорђевић

- Milena, „Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u srpskom pravu i praksi – iskustva i perspektive“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2012)
- Enderlein Fritz, Maskow Dietrich, *International Sales Law (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)*, Oceana Publications, 1992.
- Јовановић Марко, „Место пословања или седиште? О правном значају разлике у преводу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016. (Јовановић Марко, „Место пословања или седиште? О правном значају разлике у преводу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016)
- Јовановић Марко, „Forever Young: The Gap-Filling Mechanism of the CISG as a Factor of Its Modernization“, *Balkan Yearbook of European and International Law*, 2020.
- Komarov Alexander, „Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1)“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005/2006.
- Kröll Stefan, „Article 39“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck – Hart – Nomos, München – Oxford – Baden-Baden, 2018².
- Павић Владимир, Ђорђевић Милена, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008. (Pavić Vladimir, Đorđević Milena, „Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008)
- Schlechtriem Peter, „Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations“, *Juridica International*, Nr. 10/2005.
- Schlechtriem Peter, Butler Petra, *UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009.
- Schwenzer Ingeborg, „The Noble Month (Articles 38, 39 CISG) – The Story Behind the Scenery“, *European Journal of Law Reform*, Nr. 3–4/2006.
- Schwenzer Ingeborg, Hachem Pascal, „The CISG – A Story of Worldwide Success“, *CISG Part II Conference* (ed. J. Kleinemann), Iustus, Uppsala, 2009.

- Schwenzer Ingeborg, „Introduction“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter), Oxford University Press, Oxford, 2022⁵ (I. Schwenzer (2022a)).
- Schwenzer Ingeborg, „Article 39 CISG: Buyer’s Notice of Non-Conformity“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter), Oxford University Press, Oxford, 2022⁵ (I. Schwenzer (2022b)).
- Ferrari Franco, Torsello Marco, *International Sales Law – CISG in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2018.
- Фишер-Шобот Сандра, „Појам, садржај и форма обавештења о несаобразности робе у међународном и домаћем праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010. (Fišer-Šobot Sandra, „Pojam, sadržaj i forma obaveštenja o nesaobraznosti robe u međunarodnom i domaćem pravu“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2010)
- Harjani Sunil, „The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts“, *Houston Journal of International Law*, Nr. 1/2004.
- Huber Peter, Mullis Alastair, *The CISG*, Sellier, München, 2007.

Marko JOVANOVIĆ, PhD
Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

CONTRIBUTION TO THE INTERPRETATION OF ARTICLE 39 OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

Article 39 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (the CISG) governs the buyer's duty to inform the seller of the non-conformity of delivered goods. Although at first sight this provision does not seem to bear a crucial role in the system of the Convention, since it is primarily aimed at enabling the application of other rules which govern buyer's rights in case of receiving non-conforming goods, a closer inspection of Article 39 CISG shows that the wording of this provision causes certain problems and dilemmas both in theory and case law. This paper examines the purpose and key elements of buyer's notice of non-conformity. On the basis of those analyses, the author seeks to develop certain instructions for interpretation and more proper application of Article 39 CISG. Those instructions include the duty to consider the international character of the said provision and to avoid its interpretation in light of standards adopted by national laws, the need to give regard to the aim and purpose of the notice of non-conformity, as well as the necessity to consider international case law. These instructions are likely to promote legal certainty regarding the application of the CISG and to enhance the predictability of outcomes in international trade. Alongside these considerations, which may be qualified as general, one should also keep in mind that certain unofficial translations of Article 39 CISG, such as the Serbian one, contain some inaccuracies. Therefore, it is vitally important for the proper application of this provision to double-check its content against the version drafted in one of the official languages of the Convention.

Key words: CISG. – Notice of non-conformity. – Interpretation. – International Sale of Goods. – Buyer's Rights.

Датум пријема рада: 9. 11. 2024.

Датум прихватања рада: 11. 12. 2024.

УДК: 347.771

CERIF: S 124, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_24404A

др *Никола* МИЛОСАВЉЕВИЋ*

асистент Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

ПОТЕНЦИЈАЛНИ ЕЛЕМЕНТИ ИНДУСТРИЈСКОГ ДИЗАЈНА КОЈИ НИСУ ОБУХВАЋЕНИ ЗАКОНСКОМ ДЕФИНИЦИЈОМ**

Сажетак

Имајући у виду пошешкоће које су постојале са формирањем хармонизованог права индустријског дизајна и велике разлике између права држава чланица у овом домену, редактори европског решења су најпре у Директиви 98/71/ЕС о правој заштити индустријског дизајна, а затим и у Уредбу 6/2002 о комунијарном дизајну унели дефиницију индустријског дизајна. Наведена дефиниција у себе укључује и набрајање елемената индустријског дизајна. Међутим, наведено набрајање није ограничено, те је могуће да се и други елементи сматрају делом заштићеног дизајна. Аутор у раду, применом право-домајинског метода, настоји да анализира који би се евентуално још елементи могли подвезти под појам индустријског дизајна из хармонизованог решења. Циљ је

* Електронска адреса аутора: nmilosavljevic@jura.kg.ac.rs.
ORCID: 0000-0003-0208-2807.

** Рад је резултат научно-истраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

да се на овај начин испитијају могућности које дефиниција индустријској дизајна пружа у погледу заштите индустријској дизајна и обима права на индустријски дизајн.

Кључне речи: *Индустријски дизајн. – Дефиниција индустријској дизајна. – Ајсифрактни и реални елементи индустријској дизајна. – Заштита звука правом на индустријски дизајн. – Заштита амбијента правом на индустријски дизајн.*

I Увод

Законском дефиницијом индустријски дизајн је дефинисан као тродимензионални или дводимензионални изглед целог производа, или његовог дела, који је одређен његовим визуелним карактеристикама, посебно линијама, контурама, бојама, обликом, текстуром и/или материјалима од којих је производ сачињен, или којима је украшен, као и њиховом комбинацијом.¹ Наведена дефиниција представља превод дефиниције која је дата Директивом 98/71/ЕС о правној заштити индустријског дизајна² и Уредбом 6/2002 о комунитарном дизајну,³ те представља израз хармонизације нашег права са правом Европске уније. Саставни део наведене дефиниције јесте и *exempli causa* набрајање елемената индустријског дизајна. Међутим, како је наведено набрајање само примера ради, поставља се питање који још елементи могу доћи у обзир као елементи индустријског дизајна. Стога је у наставку спроведена анализа потенцијалних елемената који би се евентуално могли сматрати делом индустријског дизајна, а који нису обухваћени законским набрајањем. У обзир су узети они елементи који се са становишта теорије дизајна иначе сматрају елементима индустријског дизајна и испитана је могућност њиховог подвођења под законску дефиницију. Елементи су класификовани у две групе – реалне и апстрактне, имајући у виду критеријум да ли се они могу појмити чулима, или је неопходно да их уочимо на основу закључивања.

1 Закон о правној заштити индустријског дизајна – ЗПЗИД, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон, чл. 2 ст. 1.

2 Директива 98/71/ЕЗ о правној заштити индустријског дизајна (*Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs*, OJ L 289, 28. 10. 1998), чл. 1 ст. 1 тач. (а).

3 Уредба 6/2002 о комунитарном дизајну (*Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs*, OJ L 3, 5. 1. 2002), чл. 3 ст. 1 тач. (а).

II Елементи индустријског дизајна који нису обухваћени дефиницијом

1. Потенцијални реални елементи индустријског дизајна

Када говоримо о потенцијалним реалним елементима индустријског дизајна овде првенствено мислимо на елементе који се непосредно могу појмити чулима. Наиме, за разлику од апстрактних елемената индустријског дизајна, реални елементи индустријског дизајна су непосредно доступни чулима и није неопходно спровести процес закључивања како би се до спознаје елемента дошло. Законска дефиниција индустријског дизајна заправо под елементима дизајна искључиво подразумева реалне елементе, што се види и из набрајања. Видећемо, међутим, да теорија дизајна већи значај даје апстрактним елементима.

Законским набрајањем је обухваћена већина реалних елемената од којих се дизајн може заправо састојати: линије, контуре, боје, облици, материјали и орнаменти, премда је за овај последњи елемент то мало дискутабилно ако се има у виду само дефиниција нашег закона, не и дефиниција из европских прописа где је ово сасвим јасно. Изван набрајања су остали звук, мирис, укус и амбијент. Када је реч о мирису и укусу, могућност њихове правне заштите у праву интелектуалне својине је ограничена реалним факторима. Наиме, како је то појашњено у пресудама *Sieckmann*⁴, у односу на заштиту мириса жигом, и *Levola Hengelo*⁵, у односу на заштиту укуса ауторским правом, мирис и укус представљају карактеристике производа које је тешко представити у било ком регистру, а чак и када регистра нема, оне зависе од фактора који стоје ван производа, као што су температура, окружење, субјективни осећај појединца и слично. Пролазност, променљивост и нестабилност ових карактеристика представљају главне разлоге због којих је, бар на овом нивоу развоја, тешко признати правну заштиту у оквиру било ког права индустријске својине. Стога даље разматрање ограничавамо на звук и амбијент.

а) Звук

Звук, као и његово одсуство код одређених производа може имати веома велики значај. Тако, на пример, када је реч о музичким кутијама,

4 Court of Justice of European Union, *Ralf Sieckmann v Deutsches Patent- und Markenamt*, C-273/00 од 12. 12. 2002. године.

5 Court of Justice of European Union, *Levola Hengelo BV v Smilde Foods BV*, C-310/17 од 13. 11. 2018. године.

специфични звук, односно музика коју музичка кутија свира, може бити од значаја за одлуку потрошача да купи производ. Такође, изглед кутије, односно производа мора бити усклађен са звуком који испушта. Осим тога, у сектору играчака, бројне су и одавно познате играчке које испуштају звукове. И у овом случају изглед играчке мора бити у складу са звуком који она испушта и обрнуто. Затим, у аутомобилском спорту је познато да звук мотора може изазвати адреналин код возача и остварити посебан угођај у вожњи. Посебни инжењери раде на развијању звука који мотор испушта, као и звука који настаје приликом затварања врата. Услед увођења електричних аутомобила, многи возачи се жале да без звука мотора утисак у вожњи спортског аутомобила није исти, без обзира на чињеницу да електрични аутомобили за краће време развијају веће брзине. Отуда су поједине компаније почеле из ових, али и безбедносних разлога да уграђују вештачке звукове у електричне аутомобиле, што такође показује њихов значај.⁶

Поставља се питање може ли се звук правно заштити. Известно, заштита звука могућа је у ауторском праву као и у праву жига. Међутим, када је реч о праву на индустријски дизајн, ова могућност делује неубедљиво. Основна препрека је услов видљивости. Наиме, услов видљивости елемента није прописан непосредно, али се до њега долази анализом дефиниције индустријског дизајна, што је за наше право несумњиво. Дефиницијом је одређено да је дизајн спољашњи изглед одређен визуелним карактеристикама, а додатно је интерпретативном одредбом појашњено да се под спољашњим изгледом разуме „укупан визуелни утисак“, што не оставља простор за другачије тумачење.⁷ Примена овог услова није толико јасна када је реч о праву Европске уније, али већи део теорије, као и традиција у области заштите дизајна, говори у прилог томе да се штите само оне карактеристике које су видљиве. Према ставу у теорији појам „*appearance*“ из дефиниције индустријског дизајна је латинског порекла и означава нешто што човек перципира нарочито визуелно. Док за тактилни опажај има више основа и разлога да се прихвати у прописима, ширење на звук и музику не делује као нешто што би било утемељено.⁸ Смерницама ЕУИРО-а се предвиђа да се звук као такав не може сматрати делом изгледа индустријског дизајна, те самим тим не ужива заштиту. Ипак, остављена је могућност да визуелно приказани звукови у виду нотних записа буду део индустријског

6 Kiri Nowak, Should Electric Vehicles Have Manufactured Noise?, доступно на адреси: <https://www.rivervaleleasing.co.uk/blog/posts/should-electric-vehicles-have-manufactured-noise>, 12. 4. 2024.

7 ЗПЗИД, чл. 1 ст. 2.

8 David Musker, *Design directive*, London, 2001, 12.

дизајна и самим тим да уживају заштиту.⁹ У теорији постоји сагласност да према садашњем стању прописа звукове и музичке композиције није могуће заштити правом на индустријски дизајн.¹⁰ Осим наведеног, чињеница је и да постоји проблем у погледу могућности представљања звука у пријави. Одређени проблеми могли би постојати и због питања постојања ранијег ауторског права. Такође, могло би се поставити питање функционалности у случајевима када би нпр. звук представљао знак упозорења.

Међутим, поставља се питање шта у ситуацији када би инвеститор уложио средства да познати глумац/глумица сниме свој глас за њихову играчку или фигуру. Тада би носилац права био оштећен за вредност свог улагања, а заштита по основу права произвођача фонограма у оваквом случају би могла бити недовољна. Такође, у данашње време дигитални дизајн све више добија на значају. Дизајн видео игара или корисничког интерфејса скоро неизоставно укључује и звукове. Отуда се може поставити као значајно питање заштите звука у оквирима дигиталног дизајна. Ограничавање само на визуелне карактеристике је више ствар традиције него реалне потребе. Индустријски дизајн је увек био прихваћен као једна од дисциплина ликовне уметности. Међутим, према хармонизованом решењу он се све више посматра као средство маркетинга. Стога постоје мишљења у теорији да аналогно томе што је у праву жига отворена могућност заштите најразличитијим формама, не постоји довољно оправдања због чега се тако нешто не би дозволило и у праву индустријског дизајна.¹¹

9 EUIPO, Guidelines for examination of registered community designs, доступно на адреси: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/designs_practice_manual/Draft_Guidelines_2018/examination_of_design_invalid_applications_en.pdf, 12. 4. 2024, 26.

10 Тако: Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee, Phillip Johnson, *Intellectual property law*, Oxford, 2018, 742; Alexander Bulling, Angelika Langöhrig, Tillmann Hellwig, *Geschmacksmuster, Designschutz in Deutschland und Europa*, Köln – Berlin – München, 2006, 11; Божин Влашковић, „Обим заштите жига и права на индустријски дизајн и њихова колизија“, *XXI век – век услуга и услужној њрава* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2011, 225; Charles Gielen, Verona von Bombhard, *Concise European Trade Mark and Design Law*, Alphen aan den Rijn, 2017, 635; Oliver Ruhl, Jan Tolkmitt, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster*, Köln, 2019, 70; David Stone, *European Union design law*, Oxford, 2016, 49; Uma Suthersanen, *Design law in Europe*, London, 2000, 29; Gordian Hasselblatt, *Community Design Regulation (EC) No 6/2002*, München – Oxford – Baden-Baden, 2018, 38; и Teresa Christof, *Der Schutzzumfang von eingetragenen Design und Gemeinschaftsgeschmacksmuster*, München, 2016, 49.

11 T. Christof, 50.

б) Амбијент

Амбијент, односно изглед или утисак одређене просторије или спољног простора, такође потенцијално може бити елемент дизајна. Под дизајном ентеријера се подразумева потпуно естетско и функционално уређивање унутрашњег простора, а не само избор и распоред намештаја, већ потпуна хармонизација и оптимизација простора.¹² Поред тога, може се односити и на уређење пословног простора, простора за јавне објекте и сајмове.¹³ Дизајн ентеријера представља засебну грану уметности у односу на индустријски дизајн, јер према теорији дизајна индустријски дизајн подразумева само дизајн производа који се могу масовно производити. Међутим, у праву је овај услов масовне производње занемарен, што отвара могућност заштите и амбијента правом на индустријски дизајн.

Амбијент може представљати део услуге или један од аспеката маркетинга производа. Амбијент просторије, или пак екстеријера могу бити сматрани делом маркетинга робе и услуге, а у ширем смислу и саме робе или услуге. Јасно је да уређење радње или пословног простора може бити од значаја за одлуку потрошача да купи одређени производ. Такође, пријатан амбијент може утицати и на то да се потрошач дуже задржи и притом потроши и више новца него што је намеравао.

Раније енглеско право није дозвољавало заштиту дизајном за зграде, водећи рачуна о дихотомији која је постојала између индустријског дизајна и ауторског права.¹⁴ Међутим, приликом усвајања Директиве 95/46/ЕС изражен је став да начелно не би требало да постоји препрека у заштити дизајна простора и места, попут дизајна телевизијског сета, дизајна ентеријера, дизајна окружења или архитектуре пејзажа, који у себе укључују мноштво елемената који граде атмосферу. Комисија је била мишљења да се и ове креације могу штитити правом на индустријски дизајн, иако примарно припадају области ауторског права.¹⁵ У теорији је ово помало спорно. Према једном мишљењу, грађење без обзира на то да ли је реч о ниско– или високоградњи не представља индустријски процес, и саме зграде, сем монтажних, нису индустријски производ. Насупрот томе, има и схватања да се дизајн околине, ентеријера и екстеријера могу штитити, за шта се као аргумент наводи да је у Локарнској класификацији уведена класа 25 која

12 Лозица Ивановић, Синиша Кузмановић, Мирослав Вереш, Милан Рацков, Биљана Марковић, *Индустријски дизајн*, Крагујевац, 2015, 4.

13 Мирослав Фрухт, *Индустријски дизајн*, Београд, 1981, 31.

14 U. Suthersanen, 281.

15 European Commission, *Green paper on legal protection of industrial design*, Brussels, 1991, доступно на адреси: https://aei.pitt.edu/1785/1/design_gp_1.pdf, 16. 4. 2024, 66.

укључује зграде и грађевинске елементе.¹⁶ На тој линији се налази и пракса ЕUIPO-а у којој је као *get-up* заштићен дизајн фоајеа банке, кафеа и хотелске собе за састанке.¹⁷ Смерницама ЕUIPO-а је дозвољена могућност да се правом на индустријски дизајн заштите зграде, затим скице, цртежи и планови зграда, као и други архитектонски планови и планови за дизајн ентеријера и екстеријера. Прецизирано је, међутим, да ће планови и скице бити прихваћени само као производи уколико су у пријави подведени под класу 19–08 Локарнске класификације – остале штампане ствари. С друге стране, куће и друге зграде из класе 25–03 Локарнске класификације, не могу бити представљене путем планова и скица, будући да планови не представљају изглед завршеног производа, као што је кућа.¹⁸ Отуда се у теорији заправо сматра да је потребно код ових производа фотографијом или другим приказом представити изглед изграђеног производа. Ипак, код производа као што су ентеријер радње, воза, ресторана или екстеријер забавног парка или парка природе, граница између приказа којим се може представити изглед готовог производа и планова и скица је прилично танка, те ће могућност регистрације зависити од тога како је наведени дизајн приказан.¹⁹

Међутим, оно што донекле може бити спорно јесте питање шта сачињава дизајн у овом случају, што није дефинисано ни праксом, а ни прописима, будући да је само предвиђено да и дизајн ових производа може бити заштићен. Ово је од великог значаја будући да ће од тога зависити обим права на индустријски дизајн. Дизајн је у овом случају заправо збирни утисак свих елемената простора укључујући ту и облик и боје намештаја, украса, биљака, цветних аранжмана, играчака и слично. Очекивано би било, имајући у виду наведену примену услова видљивости, да се дизајн протегне само на визуелне елементе, иако звучни, мирисни, елементи укуса и други, значајно утичу на атмосферу, а самим тим и амбијент одређеног простора. Ипак, атмосфера може зависити и од временских прилика, попуњености капацитета, субјективног осећаја и других категорија које не зависе од дизајнера. Отуда атмосфера, као нестална категорија, највероватније да не би могла бити заштићена правом на индустријски дизајн, те сматрамо да би према садашњем стању најправилније амбијент одређеног простора ограничити на утиске који су визуелно доступни.

16 L. Bentley, B. Sherman, D. Gangjee, P. Johnson, 745; Annette Kur, „Die Auswirkungen des neue Geschmacksmusterrechts auf die Praxis“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 8/2002, 661.

17 D. Stone, 62.

18 EUIPO, Guidelines for examination of registered community designs, 25–26.

19 A. Bulling, A. Langöhrig, T. Hellwig, 11.

2. Апстрактни елементи индустријског дизајна

Када говоримо о апстрактним елементима индустријског дизајна, мислимо на оне елементе од којих је дизајн као интелектуална творевина заправо састављен. Дизајн представља сложену творевину која се састоји од више апстрактних елемената од којих је централна форма. Поред форме, ту су и хармонија, ритам, акценат, симетрија, итд., које све заједно граде укупни утисак. Линијом, контуром, бојом и другим изражајним средствима се заправо изражавају сви ови апстрактни елементи индустријског дизајна. Разлог због чега законодавац није навео ове елементе, већ је инсистирао на реалним елементима, може бити чињеница да информисани корисник, који је по својој суштини потрошач, по правилу не зна да препозна ове елементе. Наведено је у складу са меркантилним приступом у дефинисању индустријског дизајна који је примењен у хармонизованом решењу. Други могући закључак јесте да је законодавац пошао од имовинског концепта интелектуалне својине, те је предметним набрајањем само желео да укаже на физичке границе монопола које пружа право на индустријски дизајн.

Сматрамо да без обзира на чињеницу што информисани корисник највероватније не може да препозна наведене апстрактне категорије дизајна, то не значи да оне нужно не постоје и не делују на укупан утисак који се код информисаног корисника ствара. Другим речима, сматрамо да је могуће да разлике између два дизајна постоје у погледу апстрактних елемената, самим тим и у индивидуалном карактеру, јер их информисани корисник може осетити, иако можда не и образложити. Немогућност информисаног корисника да образложи овакве апстрактне категорије, не значи одсуство њиховог дејства, нити да њих не треба узети у обзир приликом поређења два индустријска дизајна. Разлог за ово јесте чињеница да теорија дизајна управо овим елементима даје предност, те је преко њих на бољи начин могуће објаснити конкретни дизајн. Стога је потребно да се упознамо с неким од најважнијих апстрактних елемената индустријског дизајна и да утврдимо да ли се они могу сматрати елементима индустријског дизајна сходно законској дефиницији.

а) Структура

Структура представља компоненте које сачињавају одређени производ. Након дефиниције свих основних и помоћних функција, које производ треба да задовољи, дефинишу се компоненте које ће остваривати функције. Такође, након дефинисања структуре потребно је извршити варирање структуре, како би се утврдио најповољнији положај

појединих компоненти са становишта производа.²⁰ Успостављањем различитих односа употребом неколико основних елемената може да се постигне велика разноврсност структуре производа. Варирање структуре производа је условљено његовом функцијом, али коначни изглед производа зависи од међусобног распореда елемената.²¹

Као што видимо структура производа је преобладајуће функционално условљена. Отуда начелно не може битиштићена правом на индустријски дизајн, већ евентуално малим патентом. Сврставање структуре производа у елементе индустријског дизајна је последица ширег схватања делатности дизајнера која постоји у теорији дизајна, према којој он опредељује и функционалне елементе производа. Ово није било прихваћено раније, нити је прихваћено након усвајања прописа Европске уније у овој области, будући да би на тај начин дошло до стварања нејасне границе између права на индустријски дизајн и патента. Стога структура производа не може бити сматрана делом дефиниције индустријског дизајна која постоји у праву.

б) Композиција

Композиција представља распоред елемената структуре у оквиру производа. Положај појединих елемената, поред њихове функције, у великој мери зависи и од ергономских и безбедносних захтева. Међутим, композиција је првенствено условљена жељеним изгледом производа, те се при пројектовању поједини елементи морају померити да би се побољшао естетски изглед производа. Притом се мора водити рачуна о томе да се формира организована структура, јер распоред елемената формира активне хоризонтале, вертикале, дијагонале или кругове чиме се утиче на леп изглед производа. Само складан распоред може одати утисак лепоте, што у крајњем води опредељивању купца за куповину одређеног производа. Уколико би се ово занемарило, били би поништени сви напори осталих учесника у производном ланцу и компанији нанета директна штета.²² У поступку организовања структуре веома је важан избор места на које се постављају поједини елементи композиције. За креирање складног облика производа потребно је да се остваре међузависности и јединство не само функционалних, већ и естетских компоненти. Естетски квалитет производа одређен је успешним распоредом и међусобним односима, елемената композиције.²³

20 Синиша Кузмановић, *Индустријски дизајн*, Нови Сад, 2010, 35.

21 Л. Ивановић *et al.*, 82.

22 С. Кузмановић, 36.

23 Л. Ивановић *et al.*, 85.

Сходно наведеном, композиција је првенствено условљена естетским факторима, за разлику од структуре. Реч је о одређивању положаја које се спроводи на одређени начин из претежно естетских разлога, иако и други разлози попут безбедносних и ергономских играју улогу. Отуда композиција производа може представљати један од елемената индустријског дизајна сходно дефиницији која је одређена правом.

в) Равнотежа, симетрија и пропорционалности

Равнотежа се визуелно представља у мерним односима и значењем количине и величине.²⁴ Заједно са симетријом представља основни принцип форме и услов за постизање јединства форме у визуелном и пластичном смислу.²⁵ Најчешће се изражава у односу на замишљену симетралу и може бити формална и неформална. Формална равнотежа се успоставља када је симетричност успостављена у односу на једну или више оса по свим елементима масе, димензија и материјала. Оставља утисак стабилности и функционалности. Насупрот томе код неформалне равнотеже композиција форме треба да буде таква да симетрије нема. Равнотежа објекта условљена је расподелом масе у односу на средиште и поклапањем положаја тежишта и средишта. Међутим, визуелни доживљај производа није потпун ако је само његова маса структурално уравнотежена. Он мора да буде не само физички, већ и визуелно уравнотежен са јасно израженом стабилношћу.²⁶ Посебну врсту равнотеже представља композициона равнотежа. Њоме се подразумева да положај елемената структуре, мора бити тако организован да се њиме спречи концентрација компонената структуре. Уколико су они груписани, производ делује нескладно. Карактеристика композиционо неуравнотежених форми јесте да оне делују нестабилно, односно одају утисак да ће се производ сваког часа преврнути, иако је он савршено стабилан.²⁷

Као и равнотежа, и симетрија своје порекло вуче из природе, односно човек се уверио у њихову вредност посматрајући органске облике. Симетрију треба разумети тако да су у једном облику заступљени такви односи површина који ће према замишљеном средишту или осовини имати једнаке површине и волумене на свакој страни и представљати једнаке масе.²⁸ Симетрија, односно симетрично постављање компонената структуре и уопште детаља на производу, повољно утиче на

24 *Ibid.*

25 М. Фрухт, 131.

26 Л. Ивановић и др, 85–86.

27 С. Кузмановић, 37.

28 М. Фрухт, 131.

равнотежу и леп изглед производа. Отуда постоји тежња да се производи израђују као симетричне форме. Ипак, симетрични облици нису динамични, односно асиметричне форме су те које дају утисак кретања. Отуда код одређених производа, као што су аутомобили, асиметрија представља неопходно средство.²⁹ Разликују се рефлексивна симетрија, где су елементи еквивалентни, као „у огледалу“, ротациона симетрија, где се сви елементи ротирају око исте осе, и транслациона симетрија, где је локација еквивалентних елемената на различитим местима у простору.³⁰

Пропорција највише доприноси естетском изразу једног предмета и представља повезаност основних и главних димензија једне форме или димензионалну хармоничност и повезаност једне форме са другом, уколико су у питању сложене форме.³¹ Нешто једноставније, пропорција представља везу која постоји између величине једног дела у поређењу са другим.³² Пропорционалност има изузетно снажан утицај на леп изглед производа. Свака линија, детаљ и положај за који се не може наћи објашњење зашто је постављен баш тако и на том месту, сувишан је и нарушава естетику производа.³³

Равнотежом се постижу извесни ефекти на укупан утисак који потрошач има о производу. Пропусти у области равнотеже, водили би ка непријатном осећају купца, што у крајњем води одлуци да се производ не купи. Симетрија представља елемент који значајно утиче на утисак потрошача, било својим одсуством или присуством. Коначно, пропорција директно утиче на леп изглед производа. Стога је јасно да сва три наведена елемента могу представљати део индустријског дизајна у правном смислу.

и) Хармонија, ритам и акценат

Хармонија подразумева усклађеност облика – јединство форме, усклађеност боје и облика, као и усклађеност производа са околином. Хармонија боје и облика највише утиче на допадљивост производа, те

29 С. Кузмановић, 38–39.

30 William Lindwell, Kritina Holden, Jill Butler, *Universal Principles of Design*, Beverly, 2003, 234.

31 М. Фрухт, 132.

32 Slađana Matović, Svetislav Marković, Danijela Babanić, Dobrila Vesković, „Shaping and Design of Graphic Products“, *Proceedings: The 6th International symposium about forming and design in mechanical engineering „KOD 2010“*, Palić, Serbia, 29–30. September 2010, Novi Sad, 2010, 229.

33 С. Кузмановић, 40; Laura Slack, *What is Product Design*, Mies, 2006, 114.

јој се посвећује велика пажња.³⁴ Хармоничан облик се добија синтезом различитих квалитета композиције, као директна последица конструкционих односа. Складан облик не подразумева само логично решење у механичком смислу, већ и усклађивање свих елемената према принципима композиционе равнотеже.³⁵ Будући да је хармонија веома значајна за допадљивост производа, потпуно је оправдано укључити и хармонију у правни појам индустријског дизајна.

У дизајну се под ритмом подразумева елемент који даје одређене визуелне ефекте и доприноси естетском квалитету предмета, који настају сталним понављањем, периодичним понављањем, или редовним изменама једног облика, мотива, линије или боје или више облика и више линија.³⁶ Да би се избегла монотоност композиције практикује се примена различитих детаља по облику, величини и боји. У зависности од сложености тих детаља и начина њиховог понављања, разликује се сложеност ритма. Ритам код потрошача изазива посебан чулни доживљај, стога се често користи. Ритмичким понављањем малог, као ни великог броја детаља, не стиче се утисак о ритму, већ начином и завршетком ритмичког понављања.³⁷ Купци су у складу са принципом когнитивне дисонанце усмерени ка стварима које су устаљене, које се понављају.³⁸ Отуда несумњиво и он може представљати један од елемената индустријског дизајна. Потврду за наведени став чак налазимо и у пракси, те је тако у пресуди X5 Виши окружни суд у Минхену (*Oberlandesgericht München*) истакао да је дизајн наведеног модела аутомобила ритмичан, што представља једну од карактеристика дизајна.³⁹

Акцентат се изражава наглашавањем појединих битних делова производа или његових елемената.⁴⁰ Потреба за истицањем појединих детаља на производу захтева спровођење акцентирања, које се врши обликом, бојом и осветљеношћу.⁴¹ Акцентом се обично истичу поједини детаљи на производу, како би се олакшало руковање или растављање или да би се побољшао изглед производа.⁴² Може се десити да се

34 С. Кузмановић, 42.

35 Л. Ивановић *et al.*, 103.

36 М. Фрухт, 133.

37 С. Кузмановић, 42–43

38 W. Lindwell, K. Holden, J. Butler, 46 и 56.

39 *Oberlandesgericht München*, X5, 29U 4518/08 од 14. 5. 2009. године, тач. 46, нав. Према: Henning Hartwig, *Designschutz in Europa, Entscheidungen europäischer und nationaler Gerichte*, Band 4, Köln, 2012, 203.

40 С. Кузмановић, 42–43.

41 М. Фрухт, 133.

42 С. Кузмановић, 44.

акцентовање врши из крајње практичних разлога, како би се рецимо на машини нагласило где је главни прекидач. Ипак, акцентовање се углавном врши из естетских разлога.⁴³ Отуда је логично признати правну заштиту за акценат као елемент дизајна, осим у случају када се акцентује из техничких разлога.

g) *Контраст*

Под контрастом се подразумева стварање одређене супротности на производу, најчешће у циљу наглашавања одређених детаља. Контраст се ствара величином, бојом, обликом и осветљеношћу.⁴⁴ Контраст величине подразумева да се у стварању дизајна на различитим елементима одређују различите димензије. Контраст облика има улогу да се избегне монотонија визуелног решења и подразумева да различити елементи имају различит облик. Контраст бојом обухвата примену различитих нијанси боје, чиме се постиже бољи ефекат. Уобичајено је да укупан визуелни изглед и распоред елемената имају суптилни контраст боје и могу да нагласе ефекат, привуку пажњу и повећају интересовање. Контраст се често примењује у циљу јачег истицања појединих особина производа или код исписивања текста ради акцентирања појединих речи. Реч је о једном од главних инструмената композиције којим се може побољшати експресивност производа, употребом различитих материјала или различитог начина обраде материјала и текстуре. Контраст може употребити ради стварања оптималних радних услова за раднике. Контрастима се може спречити појава превременог умора, разбити се монотонија и спречити смањење пажње радника.⁴⁵ Чињеница да одабир контраста зависи од одлуке аутора дизајна, као и да се њиме остварују одређени ефекти на потрошача оправдава да се контраст уброји у елементе законске дефиниције индустријског дизајна.

ђ) *Стил*

Под стилем подразумевамо специфичне одлике појединих елемената дизајна који су карактеристични за поједине временске периоде, технолошке могућности и уметничке правце. Стил представља једну од могућности измене производа. У периоду занатско-ручне производње стилови су били јако изражени, али је то напуштено услед механизације производње. Карактеристика стилова је цикличност

43 Л. Ивановић *et al.*, 106.

44 С. Кузмановић, 44.

45 С. Матовић *et al.*, 229.

и дуготрајност.⁴⁶ С једне стране, стил може бити знак распознавања за одређеног произвођача или дизајнера. Отуда он помаже распознавању и разликовању производа на тржишту и може представљати препознатљиви елемент одређене компаније.⁴⁷ С друге стране, променом стила се утиче на потрошаче да се поново одлуче за куповину производа, иако му је потреба већ задовољена. Ипак, честе промене у стилу могу изазвати и потпуно супротне ефекте, будући да се може десити да купци одустану од куповине, јер нису увек спремни да прате трендове инвестирањем нове количине новца. Такође, брза промена стила доводи до пораста фиксних трошкова по јединици који су изазвани развојем нових варијанти и преласком предузећа на њихову производњу. Осим тога, промена стила води и отежаној продаји производа који су настали пре промене, будући да потрошачи воле да купују нове ствари. Међутим, варијације у стилу представљају нужност, како за артикле модне индустрије, тако и за робу широке потрошње (телевизоре, рачунаре, намештај и сл.). Конкуренција путем стила, иако са собом носи бројне проблеме, представља неопходност уколико привредно друштво не жели да изгуби тржишну утакмицу. Отуда треба тражити баланс између претераних промена у стилу и промена које нису тако честе.⁴⁸

За разлику од осталих апстрактних елемената које смо овде навели, стил стоји изван правног појма индустријског дизајна.⁴⁹ Наиме, стил представља спољни фактор којим се утиче на индустријски дизајн и који, бар у ужем смислу, не представља елемент индустријског дизајна. Стил је категорија која је условљена друштвеном прихватљивошћу, такођећи конвенција или обичај који постоји у друштву. Иако је од несумњивог значаја за индустријски дизајн, он не представља његов елемент. Они делови индустријског дизајна који су диктирани стилем не улазе у укупан утисак који се дизајном ствара, јер нису диктирани одлуком аутора дизајна. Међутим, треба рећи да има и схватања у англосаксонском праву да стил представља део дизајна и у појединим одлукама му је пружана правна заштита.⁵⁰

е) *Мода*

Мода представља доминацију одређеног изгледа производа на одређеном сегменту тржишта у одређеном временском тренутку. Она

46 Л. Ивановић *et al.*, 12.

47 Barbara Pasa, *Industrial design and artistic expression*, Leiden – Boston, 2020, 60–61.

48 Радослав Сенић, *Маркетинг менаџмент*, Крагујевац, 2000, 488–489.

49 В. Pasa, 59.

50 Margaret Briffa, Lee Gage, *Design Law Protecting and exploring right*, London, 2004, 2.

истовремено представља и укус, али и обичај и начин.⁵¹ Мода је по својим карактеристикама краткотрајна у односу на стил, који по правилу траје дуже. Модни циклус може зависити од врсте производа и код одређених производа може трајати изузетно кратко, као што је то случај са текстилном индустријом. Такође, особина моде је и њено циклично кретање, што значи да одређени производ може бити поново модеран након протеча одређеног времена.⁵² Ипак, мода као културолошки и социолошки феномен има директан утицај на продају производа. Према једном истраживању спроведеном 2006. године утврђено је да за женску популацију одевање има огроман значај. У том смислу значај моде за испитанике је био велики уз квалитет и целокупан изглед.⁵³ Такође, путем моде је могуће указати на одређене разлике које постоје у друштвеном статусу.⁵⁴ Мода има и огроман значај за побољшање пласмана и одржавање континуитета у производњи. Наиме, постоје бројне тактике тзв. вештачког застаревања производа које доводи до стварања вештачке потребе појединца за новим производом. Потрошач потенцијално може бити задовољан и са старим већ купљеним производом, који задовољава његове потребе. Међутим, изbacивањем новог производа који има другачије „модерне“ карактеристике код потрошача се побуђује жеља за новим и он се одлучује за поновну куповину. Ово обезбеђује континуирани раст и производњу, што је од великог значаја за целокупан привредни и друштвени развој.⁵⁵

Као културолошка појава, мода, слично стилу, утиче на индустријски дизајн и прожима га, али начелно стоји изван њега и не представља његов део. Захтеви моде су заправо једни од захтева које дизајнер мора испунити и у областима који су под великим утицајем моде, степен слободе аутора је веома сужен. Ово с друге стране доводи до тога да се елементи који су строго диктирани модним захтевима не могу сврстати у индустријски дизајн, а самим тим не потпадају под обим права на индустријски дизајн.

51 Л. Ивановић *et al.*, 12.

52 Р. Сенић, 488.

53 Данијела Пауновић, Милутин Ђуричић, Горан Савановић, „Утицај моде и дизајна на савремене производне системе у одевној индустрији“, *Пројектни менаџер – професија будућности* (ур. Петар Јовановић), Златибор, 2007, 293.

54 М. Фрухт, 187.

55 Л. Ивановић *et al.*, 123–124.

III Закључак

На основу изведених ставова било је могуће извући неколико закључака. Првенствено правна заштита индустријског дизајна је ограничена на чуло вида имајући у виду услов видљивости који се овде примењује. Ово искључује могућност заштите оним елементима који се не могу појмити визуелно попут звука, мириса и укуса премда се ова последња два, на овом нивоу развоја, не могу штитити правима интелектуалне својине због проблема објективне репрезентације. С друге стране, заштита звука производа била би оправдана због извршених улагања у развој звука за производ и његовог уклапања у дизајн производа. Заштита амбијента у праву индустријског дизајна је начелно могућа, али само у оном домену где се штити уређење простора, односно ентеријера или екстеријера. У осталим деловима, који се тичу звука, мириса или атмосфере уопште, ово начелно не би било могуће. Поред реалних елемената, постоји могућност заштите и одређених апстрактних елемената индустријског дизајна, као што су композиција, хармонија, равнотежа, ритам, акценат, симетрија, пропорционалност и контраст, за шта чак и постоји одређено упориште у судској пракси. Изван заштите би у сваком случају остали структура производа, јер је технички условљена и стил, мода и елементи диктирани њима, будући да они стоје изван индустријског дизајна и нису условљени одлуком аутора дизајна.

Свеукупно гледано, дефиниција индустријског дизајна је широко постављена и даје могућност да велики број карактеристика дизајна који се помиње у теорији индустријског дизајна буде подведен под правну заштиту. Ипак, сматрамо да би у будућности требало размотрити постојање услова видљивости у праву индустријског дизајна, имајући у виду пре свега велика средства и напоре који се улажу у развој звука производа, а посебно развој дигиталних дизајна, који такође у себе укључују звучне елементе.

Коришћена литература

Bently Lionel, Sherman Brad, Gangjee Dev, Johnson Phillip, *Intellectual property law*, Oxford, 2018.

Briffa Margaret, Gage Lee, *Design Law Protecting and exploring right*, London, 2004.

Bulling Alexander, Langöhrig Angelika, Hellwig Tillmann, *Geschmacksmuster, Designschutz in Deutschland und Europa*, Köln – Berlin – München, 2006.

- Влашковић Божин, „Обим заштите жига и права на индустријски дизајн и њихова колизија“, *XXI век – век услуга и услужној њрава* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2011. (Vlašковић Božin, „Obim zaštite žiga i prava na industrijski dizajn i njihova kolizija“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2011)
- Gielen Charles, von Bombhard Verona, *Concise European Trade Mark and Design Law*, Alphen aan den Rijn, 2017.
- Ивановић Лозица, Кузмановић Синиша, Велеш Мирослав, Рацков Милан, Марковић Биљана, *Индустријски дизајн*, Крагујевац, 2015. (Ivanović Lozica, Kuzmanović Siniša, Veleš Miroslav, Rackov Milan, Marković Biljana, *Industrijski dizajn*, Kragujevac, 2015)
- Кузмановић Синиша, *Индустријски дизајн*, Нови Сад, 2010. (Kuzmanović Siniša, *Industrijski dizajn*, Novi Sad, 2010)
- Kur Annette, „Die Auswirkungen des neue Geschmacksmusterrechts auf die Praxis“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 8/2002.
- Lindwell William, Holden Kritina, Butler Jill, *Universal Principles of Design*, Beverly, 2003.
- Matović Slađana, Marković Svetislav, Babanić Danijela, Vesković Dobrila, „Shaping and Design of Graphic Products“, *Proceedings: The 6th International symposium about forming and design in mechanical engineering „KOD 2010“*, Palić, Serbia, 29–30. September 2010, Novi Sad, 2010.
- Musker David, *Design directive*, London, 2001.
- Nowak Kiri, Should Electric Vehicles Have Manufactured Noise?, доступно на адреси: <https://www.rivervaleleasing.co.uk/blog/posts/should-electric-vehicles-have-manufactured-noise>, 12. 4. 2024.
- Pasa Barbara, *Industrial design and artistic expression*, Leiden – Boston, 2020.
- Пауновић Данијела, Ђуричић Милутин, Савановић Горан, „Утицај моде и дизајна на савремене производне системе у одевној индустрији“, *Пројектни менаџер – професија будућности* (ур. Петар Јовановић), Златибор, 2007. (Paunović Danijela, Đuričić Milutin, Savanović Goran, „Uticaj mode i dizajna na savremene proizvodne sisteme u odevnoj industriji“, *Projektni menadžer – profesija budućnosti* (ur. Petar Jovanović), Zlatibor, 2007.)
- Ruhl Oliver, Tolkmith Jan, *Gemeinschaftsgeschmacksmuster*, Köln, 2019.
- Сенић Радослав, *Маркетинг менаџмент*, Крагујевац, 2000. (Senić Radoslav, *Marketing menadžment*, Kragujevac, 2000)
- Slack Laura, *What is Product Design*, Mies, 2006.
- Stone David, *European Union design law*, Oxford, 2016.
- Suthersanen Uma, *Design law in Europe*, London, 2000.

Фрухт Мирослав, *Индустријски дизајн*, Београд, 1981. (Fruht Miroslav, *Industrijski dizajn*, Beograd, 1981)

Hartwig Henning, *Designschutz in Europa, Entscheidungen europäischen und nationaler Gerichte*, Band 4, Köln, 2012.

Hasselblatt Gordian, *Community Design Regulation (EC) No 6/2002*, München – Oxford – Baden-Baden, 2018.

Christof Teresa, *Der Schutzzumfang von eingetragendem Design und Gemeinschaftsgeschmacksmuster*, München, 2016.

Nikola MILOSAVLJEVIC, PhD

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

THE POTENTIAL ELEMENTS OF INDUSTRIAL DESIGN THAT ARE NOT MENTIONED IN LEGAL DEFINITION

Summary

Considering the difficulties that existed with the formation of harmonized design law and the great differences between the laws of the member states in this domain, primarily in Directive 98/71/EC on the legal protection of designs, and then in Regulation 6/2002 on Community design, the definition of industrial design was introduced. It includes an enumeration of industrial design elements. However, this enumeration is not limited, and it is possible to consider that other elements are also part of the protected design. In his paper, the author, using the dogmatic and sociological method, analyzes which other elements could be considered part of industrial design under EU law. The aim is to examine the possibilities that the definition of industrial design provides in terms of the legal protection of industrial design and the scope of design right.

Key words: *Industrial Design. – The Definition of Industrial Design. – Elements of Industrial Design. – Protecting Sound with Design Right. – Protecting Ambient with Design Right.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2024.

Датум исправке рада: 7. 11. 2024.

Датум прихватања рада: 20. 11. 2024.

UDC: 347.72:659.23(4-6EU)

CERIF: S 144

PAPER TYPE: ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

DOI: 10.55836/PiP_24405A

Milena MITROVIĆ*

**Doctoral Researcher at the University of Luxembourg – Luxembourg
Centre for European Law (LCEL), Luxembourg**

MATERIALITY CONCEPT(S) IN THE EU SUSTAINABILITY (NON-FINANCIAL) REPORTING: THE CHALLENGE OF EQUIVALENCE

Summary

This paper presents different materiality concepts in sustainability reporting. At present, two main streams of materiality concepts in sustainability reporting are single and double materiality. While single materiality primarily deals with the financial impact of sustainability issues on enterprise value (outside-in perspective), double materiality is more far-reaching and deals with both the financial impact and the social impact of companies' operations, i.e. how companies' operations affect society and the environment (inside-out perspective). Both concepts are present in leading sustainability reporting standards. The EU has opted to develop its own set of standards and is, in addition to the GRI, the main representative of double materiality as the European Sustainability Reporting Standards (ESRS) place this concept in the spotlight. The IFRS Foundation is the main representative of single materiality.

* E-mail: milena.mitrovic@uni.lu.
ORCID ID 0009-0005-4745-0847.

This section will present the main characteristics of both concepts. It will then present the path to standardising reporting standards in the EU. Finally, implications of the different benchmarks employed in standards to define materiality will be explored.

Key words: *Single Materiality. – Double Materiality. – ESRS. – IFRS. – Sustainability Reporting.*

I Introduction

Transition to a more sustainable and inclusive economy remains high on the agenda of the EU, and sustainability reporting is one of the backbones in achieving this goal. In 2014, the EU introduced mandatory non-financial reporting with the Non-financial Reporting Directive (NFRD).¹ The Directive introduced a duty for large undertakings, which are public interest entities and have an average number of 500 employees, to report on certain issues. These undertakings were required, unless exempted from this duty under certain conditions, to report on issues relating to environmental, social, and employee matters, human rights, anti-corruption, and bribery. The information required included disclosure of the business model; policies pursued in relation to the above-mentioned matter, including due diligence procedures; results, risks and risk management, and key performance indicators relevant to the business.² With the exception of a few countries within the EU, such as Denmark, few countries had a regime of this type of disclosure in place, which meant that this Directive represented a novel approach for many.³

The EU started with a light, not too-intrusive approach, meaning that both the material and personal scope of the adopted Directive on non-financial reporting were quite limited. This was done intentionally. Namely, the NFRD was supposed to introduce minimum requirements but also to remain flexible enough in order to allow companies to determine which

1 In this paper we will use the terms ‘non-financial’ and ‘sustainability’ information interchangeably, unless expressly stated otherwise.

2 *Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups Text with EEA relevance, OJ L 330, 15. 11. 2014; further referred to as NFRD, Art. 19a. See Dániel Gergely Szabó, Karsten Engsig Sørensen, „New EU Directive on the Disclosure of Non-financial Information (CSR)“, ECFR, Vol. 12, Nr. 3/2015.*

3 See *Ibid.*, 309.

issues are most relevant to them.⁴ Of course, the question of cost-benefit balance was also important. The level of flexibility was pretty high: several exemptions from the duty to disclose certain information were envisaged, and the principle of ‘comply or explain’ was embedded in this directive. In addition to that, companies were not required to use certain reporting frameworks (standard). Instead, they had the option of employing either a national or an international framework. Finally, no mandatory audit of information was envisaged. Auditors were only required to ascertain whether a non-financial statement was provided. The decision as to whether to request an audit of the content of the non-financial report was left to the discretion of the Member States.

While the introduction of mandatory sustainability reporting was certainly a major step forward in achieving a more sustainable and resilient economy, significant shortcomings were identified. Due to these flaws, but also the ambition to achieve equivalence of financial and sustainability reporting and strengthen reporting requirements, amendments followed in 2022.⁵ Although the core of the NFRD was preserved, significant novelties were introduced by the CSRD.

Firstly, the personal scope of the application was extended to include not only large companies but also small and medium-sized enterprises that are public interest entities.⁶ Secondly, the CSRD employs a more detailed approach to reporting requirements, specifying in greater detail what should be included in a sustainability report.⁷ Furthermore, compared to the NFRD, which did not require a mandatory audit of information, the CSRD demands limited assurance.⁸ Reasonable assurance would significantly contribute to the

4 Daniel Gergely Szabo, *Mandatory Corporate Social Responsibility in the EU*, Eleven Publishing, The Hague, 2016, 138.

5 Deirdre Ahern, *The Sustainability Reporting Ripple: Direct and Indirect Implications of the EU Corporate Sustainability Reporting Directive for SME Actors*, available at: <https://ssrn.com/abstract=4517356>, 20. 5. 2024, 1–2.

6 *Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting (Text with EEA relevance)*, OJ L 322, 16. 12. 2022; further referred to as CSRD; *Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC Text with EEA relevance*, OJ L 182, 29. 6. 2013; further referred to as Accounting Directive. CSRD modifying art. 40(a) Accounting Directive.

7 Compare NFRD art. 1 inserting art. 19a in Accounting Directive and Article 19a as amended by CSRD.

8 *Commission staff working document impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending*

reliability of the information. However, due to the fact that reporting practices are still not well developed in most companies, the relative immaturity of the assurance market for nonfinancial information, as well as the absence of assurance standards for non-financial information, the EU Commission opted for limited assurance. Despite the fact that limited assurance would not contribute to the same extent to the reliability and comparability of information, it still improves the framework in these terms and is less financially burdensome for companies subject to reporting. In conclusion, the objective of the CSRD is to address concerns regarding the comparability and reliability of the information. In alignment with this objective, the EU has taken the initiative to develop its own set of standards. This task has been assigned to the European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), which has developed the first set of standards – the European Sustainability Reporting Standards (ESRS), formally adopted in 2023.

One of the main features of the ESRS is *double materiality*. The double materiality principle implies that companies must go beyond providing information on how sustainability matters affect companies (*outside-in* perspective) and also have to report on how companies' activities affect society and the environment (*inside-out* perspective). The principle of double materiality, however, is not new. Namely, the NFRD required undertakings to disclose 'information to the extent necessary for an understanding of the undertaking's development, performance *and* impact of its activity...'⁹ Reference to the company's position pertains to the financial impact, while its impact on society in wider sense pertains to environmental and social impact, as was later explained in Commission's 2019 Guidelines on non-financial reporting.¹⁰ Confusion was most probably caused by the fact that the term 'impact' was not clear, i.e., the word 'materiality' was not used in the NFRD.¹¹ Through the ESRS, the CSRD sets the stage for a more standardised and harmonised approach to sustainability reporting in the Member States. This is certainly one of the most important novelties introduced with amendments to the CSRD, as one of the priorities was to introduce a single, mandatory standard at the EU level.

Contrary to double materiality, *single materiality* is limited to an assessment of financial impact, i.e. how ESG matters affect companies' value. At the moment, generally speaking, the sustainability reporting framework is

Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting {COM(2021) 189 final} – {SEC(2021) 164 final} – {SWD(2021) 151 final}, 37.

9 NFRD, Art. 1 inserting Art 19a in Directive 2013/34/EU.

10 European Commission, *Study on the Non-Financial Reporting Directive: Final Report* (further referred to as: NFRD Study), 101–102.

11 *Ibid.*

largely polarised between single and double materiality concepts. Therefore, we aim to provide an overview of the main characteristics of materiality and the main differences between the concepts of single and double materiality. This paper is organised as follows. *Chapter II* deals with the notion and historical roots of the principle of materiality, with the aim of providing an overview and function of materiality in financial and sustainability reporting. This is followed by *Chapter III*, which deals with standardisation in the EU and the development of the ESRS standards (*Section 1*). The next section (*Section 2*) considers definitions and main features of single and double materiality. The paper will further delve into the question of benchmarks used for materiality, i.e. whether investor or shareholder lenses are used to determine the materiality of information and the main implications of those approaches (*section 3*). We conclude by summarising the main findings in *Chapter IV*.

II The Notion and Historical Root of Materiality

The issue of identifying relevant (material) information is arguably as old as it is corporate disclosure itself. The determination of which information is material, as well as the quantity of information which is material, depends significantly on the context in which companies operate. It is also essential to whom information is provided. Furthermore, the materiality of information is time-sensitive: what is material in one moment may become immaterial at a later stage, and *vice versa*. In the past few years, especially with constant pressure to incorporate CSR and to disclose non-financial/sustainability information, the amount of information to be disclosed by companies has increased significantly. It is evident that not all available information can be relevant. This is especially challenging for large companies, which often deal with a large amount of information, and it would neither be possible nor desirable to disclose all available information to market participants.¹²

The concept of materiality evolved precisely in response to the need to identify relevant information in order to avoid omission, but also information overload as users are not able to process all information. Materiality, therefore, serves several functions. First, regulators use the principle of materiality to define legal obligations, i.e. what needs to be disclosed.¹³ For reporting

12 Chiara Mosca, Chiara Picciau, „Making Non-Financial Information Count: Accountability and Materiality in Sustainability Reporting“, *Finance durable et droit: perspectives comparées* (eds. Hugues Bouthinon-Dumas, Bénédicte François, Anne-Catherine Muller), Paris, 2020, 182.

13 Ruth Jebe, „The Convergence of Financial and ESG Materiality: Taking Sustainability Mainstream“, *American Business Law Journal*, Vol. 56, Nr. 3/2019, 649.

entities, this principle guides them to identify relevant information. Investors and other users use this principle to clearly identify the information necessary to make informed (investment) decisions.¹⁴ In a nutshell, materiality serves to separate what *should* be from what *could* be disclosed.¹⁵ Considering the amount of data and different contexts companies operate in, it is also necessary to have some flexibility in this regard. This is the primary rationale behind the *de facto* autonomy that companies enjoy in determining materiality.¹⁶ It is also important to recognise that materiality itself is not a static concept.¹⁷ As we have previously discussed, materiality is significantly influenced by context, timing, and audience, among other factors.

The principle of materiality is very well known and originates from accounting law. Definitions of materiality from accounting law influenced in general financial markets regulation, thus, there is a significant overlap of definitions.¹⁸ Despite the fact that the concept of materiality has been known for a long time, it was not always very clear, even in accounting law practice, due to the fact that international organisations usually provide fairly general and principle-based guidance on determining whether information is material.¹⁹

Materiality is similarly defined by two dominant actors in financial reporting standard setting – the International Accounting Standards Board (IASB), well known for internationally used International Financial Reporting Standards (IFRS), and the Financial Accounting Standards Board (FASB), which produced Generally Accepted Accounting Principles (GAAP), which are used primarily in the USA.

IFRS (IASB) defines material information as follows:²⁰

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, 650.

16 Lars Moratis, Luc van Liedekerke, „Materiality in sustainability reporting according to the European Sustainability Reporting Standards: (What) does it matter?“, available at: <https://ssrn.com/abstract=4702851>, 10. 5. 2024, 2.

17 Namely, World Economic Forum mentions ‘dynamic’ materiality. According to this concept, what is *financially* immaterial now can become material in future. More on this concept: World Economic Forum, Embracing the New Age of Materiality: Harnessing the Pace of Change in ESG, March 2020, available at: <https://www.weforum.org/publications/embracing-the-new-age-of-materiality-harnessing-the-pace-of-change-in-esg/>, 10. 5. 2024.

18 C. Mosca, C. Picciau, 23.

19 Robert G. Eccles, Michael P. Krzus, Jean Rogers, George Serafeim, „The Need for Sector-Specific Materiality and Sustainability Reporting Standards“, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 24, Nr. 2/2012, 65.

20 IFRS IAS 1, Presentation of Financial statements, available at: <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-1-presentation-of-financial-statements/>, 20. 5. 2024.

‘Information is material if omitting, misstating or obscuring it could reasonably be expected to influence the decisions that the primary users of general-purpose financial statements make on the basis of those financial statements, which provide financial information about a specific reporting entity.’

GAAP (FASB):

‘the omission or misstatement of an item in a financial report is material if, in the light of surrounding circumstances, the magnitude of the item is such that it is probable that the judgment of a reasonable person relying upon the report would have been changed or influenced by the inclusion or correction of the item.’

Since non-financial/sustainability reporting is within the scope of the Accounting directive as the CSRD requires sustainability reports to be published within the management report,²¹ which is part of the annual financial statement, it seems pertinent to take a brief look at how materiality is defined in the Accounting Directive:²²

‘material means the status of information where its omission or misstatement could reasonably be expected to influence decisions that users make on the basis of the financial statements of the undertaking. The materiality of individual items shall be assessed in the context of other similar items’

Although we cannot reduce the analysis to terminological differences, as this issue is very complex and the use of different reporting frameworks can lead to different outcomes, we can observe that the terminology used in the IFRS and the GAAP is slightly different. Some authors highlight, for instance, the fact that the GAAP definition relies on probability in affecting users’ decisions, whereas the IFRS uses the term ‘could.’²³ The IFRS and the GAAP standards also use, to some extent, different benchmarks. For example, the IFRS mentions ‘*primary users of general-purpose financial statements*’, the GAAP mentions ‘*reasonable person*’, while the Accounting directive refers to ‘*user*’. Those different notions and benchmarks can lead to different outcomes. We will further discuss this in detail in a separate chapter, although primarily in regard to sustainability reporting. On the other hand, a common feature can be distinguished: information is considered material if its omission or misstatement could influence decision-making.

21 NFRD envisaged that it can be published within management report or as a separate report.

22 Accounting Directive, Art. 2(16).

23 Marco Fasan, Chiara Mio, „Fostering Stakeholder Engagement: The Role of Materiality Disclosure in Integrated Reporting“, *Business Strategy and Environment*, Vol. 26, Nr. 3/2017, 290.

III Materiality Concepts in Non-Financial/Sustainability Reporting

1. Sustainability Reporting Standards: Path to Standardisation of Corporate Reporting in the EU (ESRS)

The EU was at the forefront of introducing mandatory sustainability reporting with the adoption of the NFRD in 2014, which subsequently shaped the sustainability reporting landscape. Before then, only a limited number of large companies in the EU were disclosing non-financial information. Disclosure of nonfinancial, i.e. sustainability information, was largely left to the discretion of the companies. This could potentially lead to a situation where companies present themselves as socially responsible entities, whereas these reports could be used not as a tool to disclose material information but as a marketing tool to improve the image and reputation of the companies in question.

Some of the initial issues, inherited from the period when non-financial reporting was voluntary – remained. While an important step, in some respects, the NFRD have been largely unsuccessful in improving the disclosure of non-financial information. Namely, some companies did not disclose non-financial information at all or did not disclose (all) material information. The information provided was neither comparable nor sufficiently reliable, even after mandatory reporting was introduced.²⁴ Companies were allowed to choose between different existing standards, which contributed to even more divergence. Sometimes, they even combined two or more frameworks (mostly the GRI and one of the alternative standards/frameworks; see Table 1 below), some of which used different concepts of materiality. Companies used a wide variety of ESG metrics and indicators, which became a major challenge in terms of comparability and effectiveness.²⁵ The use of different approaches to materiality is problematic because the use of divergent approaches to materiality can lead to confusion and can cause users to draw the wrong conclusions,²⁶ it can lead to regulatory arbitrage, ‘greenwashing’,

24 CSRD Impact assessment, 8.

25 Laura Iozzelli, María del Carmen Sandoval Velasco, „Mandatory or Voluntary? The hybrid nature of sustainability disclosure in the EU’s Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)“, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Banking and Finance, Policy Paper, RSC PP 2023/08, available at: <https://fbf.eui.eu/publication/mandatory-or-voluntary-the-hybrid-nature-of-sustainability-disclosure-in-the-eu-corporate-sustainability-reporting-directive-csrd/>, 10. 5. 2024, 7.

26 Hervé Stolowy, Luc Paugam, „Sustainability reporting: is convergence possible?“, *Accounting in Europe*, Vol. 20, Nr. 2/2023, 159; Sveinung Jørgensen, Aksel Mjøs, Lars Jacob Tynes Pedersen, „Sustainability reporting and approaches to materiality: tensions and potential resolutions“, *Management and Policy Journal*, Vol. 13, Nr. 2/2022, 346.

and ultimately result in ‘race to the bottom.’²⁷ When using multiple frameworks, it is desirable to at least clearly communicate which concept of materiality is used, which was not always the case and which is a source of confusion and difficulty in terms of reliability and comparability.²⁸ Even when material information was disclosed, users faced difficulties in finding and exploiting the information.²⁹ Therefore, fragmentation, or better said, lack of standardisation of sustainability reporting, significantly contributed to the lack of comparability, consistency, and reliability.

EU tried to address this issue by drafting non-binding standards (in 2017)³⁰ and additional guidelines on reporting climate-related information (in 2019).³¹ However, the use of these non-binding standards did not have a major impact on improving the comparability, consistency, and relevance of the information disclosed. This is the main reason why the EU called for further development of reporting requirements and considered the development of the European reporting standards. This task was assigned to the European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG). From the very beginning, the goal was to align new standards with existing standards and frameworks for sustainability reporting, in particular those developed by leading actors: the Global Reporting Initiative (GRI), the Sustainability Accounting Standards Board (SASB, now consolidated into the IFRS Foundation), the International Integrated Reporting Council (IIRC), the International Accounting Standards Board (IASB), the Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCDF), the Carbon Standards Board and the CDP (formerly known as the Carbon Disclosure Project).³² It is not a coincidence that the EU picked these standards. Some of these were amongst the most used standards, as can be seen below:

27 Wolf Georg Ringe, „Investor-led Sustainability in Corporate Governance“, Law Working Paper No 615/2021, available at: https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/ringefinal.pdf, 20. 4. 2024, 31.

28 S. Jørgensen, A. Mjøs, L. Jacob Tynes Pedersen, 346–347.

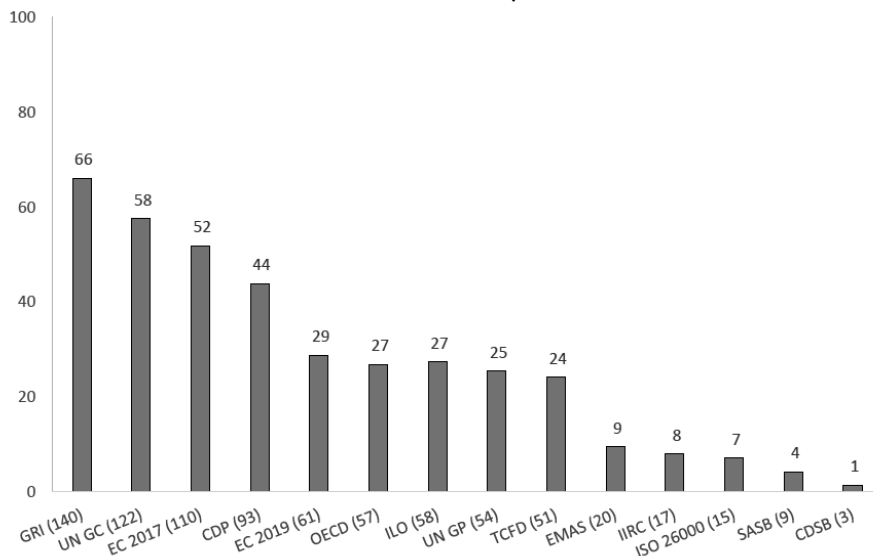
29 *Commission staff working document impact assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting {COM(2021) 189 final} – {SEC(2021) 164 final} – {SWD(2021) 151 final}*, 8.

30 Communication from the Commission — Guidelines on non-financial reporting (methodology for reporting non-financial information) C/2017/4234.

31 Communication from the Commission — Guidelines on non-financial reporting: Supplement on reporting climate-related information C/2019/4490.

32 CSRD, Rec. 43.

Table 1: Reporting framework used for non-financial statements (%).
Source: NFRD Study, 108.³³



The EU Commission emphasised that Union standards should particularly consider standards developed by the International Financial Reporting Standards Foundation and should contribute to the convergence of standards at the global level by supporting the International Sustainability Standards Board (ISSB).³⁴ Furthermore, standards should reduce the risk of inconsistent reporting requirements for companies that operate globally by integrating global baseline standards by the ISSB.³⁵

EFRAG submitted draft standards in November 2022 after public consultation. On July 31, 2023, the Commission adopted draft standards, although with some modifications. The first set of the ESRS standards is made up of 12 standards, classified as *cross-cutting*,³⁶ *topical*,³⁷ and *sector-specific*.³⁸ Cross-cutting standards and topical standards are sector-agnostic,

33 According to data, companies do not rely on single framework in full. Therefore, high numbers in the figure. NFRD Study, 109.

34 CSRD, Rec. 43.

35 CSRD, Rec. 43.

36 ESRS 1 General Requirements and ESRS 2 General Disclosure.

37 Divided into *environmental* (ESRS E1 climate change, ESRS E2 pollution, ESRS E3 water and marine resources, ESRS E4 biodiversity and ecosystems, ESRS E5 resource use and circular economy), *social* (ESRS S1 own workforce, ESRS S2 workers in the value chain, S3 affected communities, ESRS S4 consumers and end-users), and *governance* (ESRS G1 business conduct) pillar.

38 <https://www.efrag.org/lab6>, 10. 5. 2024.

which means that they are applicable to all undertakings regardless of sector. The final date for the adoption of sector-specific and topical standards has not yet been decided.³⁹

The first version of the ESRS standards was far more ambitious. Essentially, in comparison to the first version of the ESRS, the Commission decided to significantly reduce reporting requirements and opt for a more balanced approach in comparison to more far-reaching requirements.⁴⁰ To mention some major amendments. Firstly, the Commission introduced additional phase-in provisions for more reporting requirements. This was primarily done in order to give companies, particularly smaller companies, more time to adjust to reporting requirements.⁴¹ Secondly, in previous versions of the ESRS, materiality was presumed, meaning that certain data points were inherently material to all companies. This was seen as overly rigid and burdensome, as companies were required to report on these regardless of the materiality assessment. Following the amendments, this presumption has been removed, and companies have been given more flexibility to decide what information is relevant, i.e. more standards are now subject to materiality assessment rather than being mandatory as was previously the case.⁴²

What is very peculiar is that, compared to the adoption of the IFRS in the EU, there has not been as much (academic) discussion about the adoption of the ESRS standards. In other words, there was not much discussion on whether it would make more sense to adopt some of the existing standards developed by internationally recognised organisations rather than to develop their own set of standards. It seems that, unlike when the EU decided to adopt IFRS, now the EU has decided to become a 'standard giver' instead of a 'standard taker'.⁴³ The EU considered that existing standards are not suitable for satisfying the needs for sustainability reporting in the EU. According to the EU, the absence of unique reporting standards would lead to higher cost complexity for cross-border operations and could undermine the right of establishment, free movement of capital, comparability of information, etc.⁴⁴ One of the reasons probably lies in the fact that EU has no control over

39 <https://www.efrag.org/lab5>, 10. 5. 2024.

40 See more on reducing reporting requirements for companies in Speech by President von der Leyen at the European Parliament Plenary on the preparation of the European Council meeting of 23–24 March 2023, European Commission, March 15, 2023, available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_23_1672, 1. 5. 2024.

41 European Commission, Questions and Answers on the Adoption of European Sustainability Reporting Standards, available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_4043, 1. 5. 2024.

42 *Ibid.*

43 Pierre-Henri Conac, „Sustainable Corporate Governance in the EU: Reasonable Global Ambitions?“, *RED*, Vol. 4, Nr. 1/2022, 116.

44 CSRD, Recital 16, 38.

non-EU bodies, such as ISSB.⁴⁵ In order to reduce administrative burden, the EU announced that the Union standards would be aligned as much as possible with some of the existing leading standards mentioned above, which should be enough to achieve a satisfactory level of convergence. Adoption of the EU standards might have exactly the opposite effect on convergence and harmonisation, thus leading to higher costs imposed on companies and users (especially global investors).⁴⁶ In particular, there are still differences between the ESRS and other standards, among others, in terms of the materiality approach adopted. For example, unlike the ESRS, the SASB framework (developed by the IFRS Foundation) does not rely on double materiality, which could have a particular impact on the EU's attractiveness to international investors.⁴⁷

2. Single vs. Double Materiality

At the centre of the discussion of materiality lies the concept adopted within the relevant framework, which is of key importance when delimiting the scope of the disclosure. In this light, two main concepts of materiality in sustainability reporting are *single* and *double materiality*.

Single materiality considers primarily the financial impact of climate and other ESG risks on enterprise value (*outside-in* perspective). This concept is more oriented towards investors, in line with the view that investors primarily consider financial performance, although not ignoring the fact that investors increasingly recognise the financial relevance of ESG issues.⁴⁸ The decision of the EU Commission to use the term 'sustainability information' is, in fact, a recognition of the (financial) relevance that sustainability information has.⁴⁹ The CSRD itself underlines that information published in line with the (earlier) NFRD does not have (only) a non-financial nature and that *it can affect enterprise value*. Non-financial (sustainability) reporting is,

45 Jukka T. Mähönen, Vera Palea, „Analyzing double materiality through the lense of the European political constitution: Implications for interoperability and standards-setting“, Nordic & European Company Law, LSN Research Paper Series, No. 24–03, available at: <https://ssrn.com/abstract=4731089>, 20. 4. 2024, 18. On this issue in context of financial reporting see Giovanni Strampelli, „The Limits of Including Financial Disclosure Rules in a European Capital Markets Code“, *Regulating EU Capital Markets Union, Volume I, Fundamentals of a European Code* (Ed. Rüdiger Veil), Oxford, 2024, 393–397.

46 Gaia Balp, Giovanni Strampelli, „Institutional Investors as the Primary Users of Sustainability Reporting“, available at: <https://ssrn.com/abstract=4495602>, 1. 4. 2024, 6.

47 *Ibid.*

48 Aline Darbellay, Yanick Caballero Cuevas, „The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt recht*, Vol. 95, Nr. 1/2023, 46; R. Jebe, 647.

49 CSRD, recital 8.

therefore, not only functional for the pursuit of moral objectives but rather essential for investors and other stakeholders.⁵⁰

The division between financial and non-financial information is far from clear since they are not impermeable to each other.⁵¹ Some authors recognise three different types of information in sustainability reports: ESG information that is financial in nature and is included in the financial report; information that is not included in the financial statement but is likely to affect the value of the company and is relevant to investors; finally, information that affects the environment and community, but theoretically is not relevant for value and performance of the firm.⁵² Therefore, financial and non-financial information can overlap, and sustainability information indeed can include information that has not only financial but also social impact, i.e. impact on wider society.⁵³

A single materiality perspective, focused on the financial impact, is a key characteristic of the ISSB – IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information:

‘An entity shall disclose material information about sustainability-related risks and opportunities that could reasonably be expected to affect the company’s prospects.

In the context of sustainability-related financial disclosures, information is material if omitting, misstating, or obscuring that information could reasonably be expected to influence decisions that primary users of general purpose financial reports make on the basis of those reports, which include financial statements and sustainability-related financial disclosures and provide information about a specific reporting entity.’⁵⁴

The single materiality was also followed by the TCDF, which focused on the financial implications of climate change.⁵⁵ The standards aim to provide investors and companies with the information necessary to consider strategies and capital allocation in light of the economic impact of climate change.⁵⁶

50 G. Balp, G. Strampelli, 2.

51 *Ibid.*, 10.

52 *Ibid.*

53 See A. Darbellay, Y. Caballero Cuevas, 48; G. Balp, G. Strampelli, 10.

54 <https://www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/ifrs-s1-general-requirements.html/content/dam/ifrs/publications/html-standards-issb/english/2023/issued/issbs1/>, 1. 5. 2024.

55 IFRS Foundation took over the monitoring of the companies’ climate-related disclosure and TCDF was disbanded.

56 See <https://www.fsb-tcdf.org/publications/>, 1. 5. 2024.

The OECD Principles of Corporate Governance (revised 2023) seem not to delve into the discussion of single and double materiality. However, the OECD Principles do, in fact, strive towards a single materiality approach. This is evidenced by the fact that an outside-in perspective is evident in several instances within the OECD principles. The Principles underline the consideration of material sustainability issues in financial estimates, which is typical for a single materiality, as it is envisaged that these risks ‘have had or are likely to have a *material impact on a company’s business*.⁵⁷ Furthermore, the principles state that material sustainability-related information is one that could influence the value and ability to generate revenue and long-term growth.⁵⁸ In light of the aforementioned considerations, it seems appropriate to conclude that the OECD Principles adopt a single materiality approach.

Although the IOSCO, in its Report on Sustainability-related Issuer Disclosures, presents both single and double materiality, it appears that the choice between these two options is left to the discretion of the companies.⁵⁹ However, this organisation ended up endorsing the ISSB Standards, which adopt single materiality.⁶⁰ IOSCO’s endorsement is of great significance as IOSCO has been very influential – a driving force – in promoting ESG principles globally. IOSCO’s endorsement calls on 130 member jurisdictions, which regulate over 95% of the world’s financial markets, to adopt, apply or otherwise be guided by the ISSB Standards.⁶¹ Recognizing the diversity of arrangements across jurisdictions regarding international standards, IOSCO acknowledges that the ISSB Standards can serve as an ‘effective and proportionate global framework.’⁶² While achieving consensus on double materiality across 150 jurisdictions remains a considerable challenge, the EU is uniquely positioned to introduce its own set of standards and push double

57 OECD Principles of Corporate Governance 2023, VI.A.3 Disclosure of sustainability matters, financial reporting and other corporate information should be connected.

58 OECD Principles of Corporate Governance 2023, VI.A.1. Sustainability-related information could be considered material if it can reasonably be expected to influence an investor’s assessment of a company’s value, investment or voting decisions.

59 A. Darbellay, Y. Caballero Cuevas, 47.

60 IOSCO endorsement assessment of the ISSB Standards for sustainability-related disclosures, available at: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD741.pdf>, 1. 5. 2024, 1.

61 See IOSCO endorsement of the ISSB Standards for sustainability-related disclosure, available at: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD741-Endorsement-Decision.pdf>, 1. 5. 2024; Keynote Speech of Jean-Paul Servais, FSMA and IOSCO Board Chair, Sustainable, Digital and Non-Bank Finance: IOSCO’s achievements and perspectives, available at: <https://www.iosco.org/library/speeches/pdf/20230913-Jean-Paul-Servais.pdf>, 1. 5. 2024.

62 IOSCO endorsement assessment of the ISSB Standards for sustainability-related disclosures, 8.

materiality, given the relatively smaller number of jurisdictions it oversees compared to the IOSCO.

Double materiality requires disclosure of both the impact of sustainability issues on the companies' value and impact of company's activity on people and the environment. As such, it goes beyond the financial impact that ESG and climate risks have on the value of a company, employing both an '*outside in*' and an '*inside out*' perspective. Double materiality is one of the key concepts of the CSRD (and ESRS). Contrary to the perception that this concept was first introduced by the CSRD, the reality is that it had already been in existence in the NFRD, although this may not have been sufficiently emphasised or made clear. Despite the fact that some companies applied the principle of dual materiality, the concept was not clear to all companies within the scope and, according to the study, was even confusing to some stakeholders.⁶³ Some clarity was added by the non-binding Guidelines on non-financial reporting in 2017, but also by the Supplement on reporting climate-related information from 2019, clarifying that the NFRD has double materiality perspective.⁶⁴ This supplement further clarifies that reference to company 'development, performance [and] position' indicates *financial* materiality, while reference to 'impact of [company]' activities' indicates environmental and *social* materiality.⁶⁵

Double materiality in the CSRD consists of *financial materiality* (*outside-in* perspective – how sustainability issues affect company) and *impact materiality* (*inside-out* perspective – how company activity impacts people or the environment). Companies will have to report if the topic satisfies criteria *either* from an *impact* or *financial* perspective, *or both*.⁶⁶

From *financial materiality* aspect, information is material if it '...could reasonably be expected to influence decisions that they make on the basis of the undertaking's sustainability statement...' Sustainability matter is material from *financial perspective* if '...it triggers or could reasonably be expected to trigger material financial effects on the undertaking.'

This will be the case when matter generates risks or opportunities that have or could reasonably be expected to have a material influence on development, financial position, financial performance, cash flows, access to finance, or cost of capital over the short, medium, or long term. It is further explained that the matter is not limited to matters within the control of the undertaking, but also to risks and opportunities attributable to business

63 NFRD Study, 102–103.

64 NFRD Study, 101.

65 NFRD Study, 11; Guidelines on non-financial reporting: Supplement on reporting climate-related information (2019/C 209/01), 2.2 Materiality.

66 CSRD, Rec. 29; ESRS regulation, 3.2 Material matters and materiality of information.

relationships beyond the scope of consolidation used in the preparation of financial statements.⁶⁷

Sustainability matter according to the ESRS is material when it pertains to actual or potential, positive or negative impact on people or environment over short, medium or long term. Impacts are not limited to the operations in the value chain of the companies, but also to the operations up and downstream, including through products and services and business relationships (in the up or downstream value chain, and not limited only to direct contract relationships).⁶⁸

However, some topics are mandatory *regardless of materiality*. Namely, the ‘comply or explain’ principle on which the NFRD was based is almost entirely replaced in the CSRD, which introduced mandatory reporting requirements subject to materiality analysis. Replacing the principle of ‘comply or explain’ with a materiality assessment does not mean that companies are required to report on all sustainability-related issues, only those that are material to the entity – if information is not considered material after a materiality assessment, it can be omitted.⁶⁹ The exception is reporting according to the ESRS 2 General Disclosure, in which case – regardless of the outcome of the assessment – information must be disclosed.

Double materiality, that is, financial and impact materiality, is not universally accepted within existing (leading) sustainability reporting frameworks. In the current landscape, apart from the CSRD/ESRS, double materiality is adopted in the GRI standards (2.1 Impact).⁷⁰

‘In the GRI Standards, impact refers to the *effect an organization has or could have* on the economy, environment, and people, including effects on their human rights, as a result of the organization’s activities or business relationships. The impacts can be actual or potential, negative or positive, short-term or long-term, intended or unintended, and reversible or irreversible. These impacts indicate the organization’s contribution, negative or positive, to sustainable development.’

Probably the most prominent representative of *single materiality* is ISSB, and it was criticized for not adopting double materiality. Some authors consider that ISSB failed largely to deliver high-quality and globally comparable

67 ESRS, 2.5 Financial materiality, para. 48–49.

68 ESRS, 3.4 Impact materiality.

69 Alexandros Seretakos, Félix E. Mezzanotte, „Corporate Sustainability Reporting and Blockchain“, *European Company Law Journal*, Vol. 20, Nr. 5/2023, 99.

70 Standards are available free of charge at: <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-english-language/>, 15. 5. 2024.

information for investors, and is also limited in scope of information.⁷¹ One of the main criticisms of single materiality, i.e. financial impact materiality, is that sustainability issues have wider societal and planetary impacts.⁷² This could potentially lead to an outcome where stakeholder interests are neglected since impact is only limited to financial, also leading to scenario in which investors' information needs are not entirely satisfied. Namely, investors' information needs have changed over time, and although they are still mainly interested in how ESG risks affect their investment, i.e. enterprise value, they are increasingly interested also in the social impact perspective. Single materiality ignores financially immaterial issues which can have far-reaching consequences, but also needs of investors to some extent.⁷³ Furthermore, as we mentioned above, materiality is a dynamic concept and is time sensitive. Consequently, even if information is not financially material at the time of reporting, it has the potential to become financially material at a later date, therefore it is relevant also for investors.⁷⁴ Eventually, positive or negative impact will translate into opportunities and financially material risks for the company.⁷⁵ It is also worth mentioning that it is not always easy to separate information that affects the value and performance of the company from that which is related to its impact on society, especially given that sustainability and financial risks are likely to overlap at some point.⁷⁶

Conversely, the concept of *double materiality* extends beyond the realm of financial impact, offering insights that are pertinent not only to stakeholders but also to investors. However, double materiality approach could lead to higher administrative cost considering number of data points (at the moment, there are around 1000 data points).⁷⁷ This could lead to information overload. Another issue, although not specific to double materiality, is that the presence of numerous data points and stakeholders

71 Nathan de Arriba-Sellier, „The ISSB's new standards: breaking ground or low hanging fruits?“, ECGI Blog, 13 July 2023, available at: <https://www.ecgi.global/publications/blog/the-issbs-new-standards-breaking-ground-or-low-hanging-fruits>, 10. 5. 2024.

72 Max Götttsche, Frank Schiemann, Florian Habermann, Theresa Spandel, Max Tetteroo, „Striking a balance: The importance of double materiality in sustainability reporting“, ECGI Blog, 26 September 2023, available at: <https://www.ecgi.global/publications/blog/striking-a-balance-the-importance-of-double-materiality-in-sustainability>, 1. 5. 2024.

73 M. Götttsche *et al.*

74 GRI, 12.

75 Giovanni Strampelli, „ESG, Sustainability Disclosure, and Institutional Investor Stewardship“, *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 81, Nr. 6/2024b, available at: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr-online/vol81/iss6/2>, 1. 5. 2024, 416.

76 G. Balp, G. Strampelli, 13.

77 Draft list of ESRS data points available at: <https://efrag.sharefile.com/share/view/s1a12c193b86d406e90b1bcd7b6bb8f6f/fo37c90b-9d9b-4432-a76b-27760cfc01b>, 1. 4. 2024.

makes it more challenging to address the dynamic nature of materiality. This makes data identification and processing more demanding both from companies' and recipients' perspective. The article published in *Le Monde* by Emmanuel Faber (President of the ISSB) attracted a lot of attention.⁷⁸ In this article, Faber claims that the concept of double materiality is actually quite simplistic, maintaining the triple illusion and producing dangerous blind spots.⁷⁹ Finally, in the context of the ESRS, concerns may be raised regarding comparability and interoperability with other standards. This is particularly important for investors and for companies operating in multiple jurisdictions.

This chapter demonstrated that the debate surrounding the merits of single versus double materiality is far from being concluded. Currently, there is a clear dichotomy between those who advocate for double materiality and those who support single materiality. The concept of single materiality continues to enjoy the support of major global players in the field of standard-setting. Double materiality will be dominant in the EU after the ESRS enters into force, while the single materiality approach is still dominant, from a geographical point of view, in the USA, Argentina, Canada, and Switzerland.⁸⁰

3. Material to Whom? – Stakeholder or (Reasonable) Investor Lenses as a Benchmark?

One of the key issues, as mentioned above, when deciding which information to disclose is to define the materiality benchmark, which should lead to delimiting the scope of disclosure. Although it is not always easy to navigate in current landscape as both material and audience scope vary, two main streams in defining the relevant benchmark for determining materiality are investor-oriented and stakeholder-oriented approach. This is not surprising as standards are built on different concepts of materiality primarily as a consequence of whether standards are intended to inform investors or a broader group of stakeholders.⁸¹ This should not lead to the conclusion

78 Emmanuel Faber, *Comptabilité d'entreprise: „Exiger que la matérialité s'étende au-delà du domaine économique est en réalité simpliste“*, *Le Monde*, 10. 10. 2023, available at: https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/10/10/comptabilite-d-entreprise-exiger-que-la-materielite-s-etende-au-dela-du-domaine-economique-est-en-realite-simpliste_6193607_3232.html, 1. 5. 2024.

79 'Evidente de prime abord, cette conception est en réalité simpliste. Devenue le cri de ralliement de ceux qui rejettent en bloc la matérialité ordinaire des marchés financiers, désormais réputée "simple", elle entretient une triple illusion et porte un angle mort dangereux.'

80 CSRD Impact Study, 192–193; for Switzerland and USA approach see A. Darbellay, Y. Caballero Cuevas.

81 <https://www.globalreporting.org/media/r2oojx53/gri-perspective-the-materiality-madness.pdf>, 1. 5. 2024, 3.

that by deciding the benchmark we have defined users, as reports can and are used by a wider group than the ones taken as benchmark. However, it is useful for identifying the *primary users* whose needs a particular reporting framework is designed to meet, rather than all of the potential users.

To begin with, as we did with the definitions of materiality above, we will briefly present the most commonly used benchmarks that are referred to in the leading sustainability reporting standards, financial reporting standards and principles.

Standards that take a *single, i.e. financial impact*, approach to materiality are more *investor-oriented*. This is a logical consequence of their primary focus on the financial impact and their aim to provide investors with the information necessary to make informed decisions. In this vein, for instance, IFRS S1, same as IFRS standards, mention:

‘*primary users of general-purpose financial reports... to understand the effects of sustainability-related risks and opportunities on the cash flows, its access to finance, and the cost of capital in the short, medium, and long term.*’

Although it might seem simple to answer that investors are primary users for this purpose, this concept needs further clarification. In the context of *financial reporting*, stakeholders expressed concern that the use of the term ‘users’ was open to wide interpretation in the absence of a clear description of the characteristics of users.⁸² IAS 1 clarified that primary users are existing and potential investors, lenders, and other creditors, while remarking that such users have *reasonable knowledge* of business and economic activities, thus presuming that users are *reasonable experts*; nonetheless, more knowledgeable and powerful users are not primary users since they are able to require additional information directly from reporting entities.⁸³

Apart from IFRS sustainability standards, investor-oriented approach is also supported by OECD Principles of corporate governance 2023.⁸⁴ Integrated reporting (IR) framework, which combines both financial and non-financial information in single document, has *investor lenses* – it is specified that ‘the intended users of IR [integrated reporting] are the providers of financial capital, and the issues must be material to them.’⁸⁵ Lastly, the ESRS, when it comes to assessing *financial impact*, also uses lenses of providers of

82 IFRS, Definition of Material: Amendments to IAS 1 and IAS 8, 2.

83 G. Strampelli (2024a), 402.

84 OECD Principles of Corporate Governance 2023, VI. Sustainability and Resilience.

85 C. Mosca, C. Picciau, 188. According to some authors, stakeholders are also part of the materiality assessment process, as the IR framework states that stakeholders provide insight into issues that affect the value creation of the company, so companies are expected to take their interests into account to some extent but does not provide guidance how reconcile and balance interest of investors and other stakeholders. See R. Jebe, 663.

capital: identification of information considered material for ‘*primary users of general-purpose financial reports in making decision relating to providing resources to the entity*’.⁸⁶ This makes sense since the ESRS perceives the scope of financial materiality within sustainability reporting as expansion of scope of materiality used in determining information for financial statements of reporting entity.⁸⁷

In terms of the qualifications or characteristics of the investor to which sustainability standards refer, there is not much detail provided. It seems that the concept of the reasonable/rational investor is at the same time a generally well established concept, but also quite ‘vague and slippery’.⁸⁸ Firstly, there is a dilemma whether reasonable investor is average person or someone with specialist knowledge.⁸⁹ Secondly, some authors rightfully reflect on whether there are reasons to examine if the concept of the prototypical rational investor from the perspective of economic rationality is still a valid concept, or needs some ‘fine-tuning’ in the ESG era, in particular if some non-economic values and irrational moods that characterise the ‘new rational investor’ need to be taken into account.⁹⁰ It should also be noted that while investors have become more aware of corporate sustainability issues, the notion of a rational investor does not necessarily coincide with the notion of a socially responsible rational investor.⁹¹ Therefore, what may be material to an investor with a preference for socially responsible investment does not necessarily have to be material to the average investor. However, we are not implying that only investors interested in socially responsible investments are demanding ESG information, thus that this group should serve as benchmark. On the contrary, mainstream investors are also becoming increasingly interested in ESG issues and are therefore demanding more ESG information. This is confirmed by increase of market share of socially responsible investing, but also in public statements of mainstream investors.⁹² Therefore, standards could probably

86 ESRS, 3.5, Financial materiality.

87 ESRS, 3.5, Financial materiality.

88 See Marco Ventoruzzo, „Reflections on the notion of reasonable investor“, *Rivista delle società*, Vol. 64, Nr. 5–6/2019, 1296 *et seqq.*

89 G. Strampelli (2024a), 401–402.

90 Aisha I. Saad, Diane Strauss, „The New „Reasonable Investor“ and Changing Frontiers of Materiality: Increasing Investor Reliance on ESG Disclosures and Implications for Securities Litigation“, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 17, Nr. 2/2020, 411.

91 Michael Garellek, „Less is not more: Non-Financial Disclosures and the Socially Responsible Investor“, *Finance durable et droit: perspectives comparées* (eds. Hugues Bouthinon-Dumas, Bénédicte François, Anne-Catherine Muller), Paris, 2020, 199.

92 Aisha I. Saad, Diane Strauss, „The New „Reasonable Investor“ and Changing Frontiers of Materiality: Increasing Investor Reliance on ESG Disclosures and Implications for Securities Litigation“, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 17, Nr. 2/2020, 412–418.

clarify the concept of the reasonable investor in this respect. The concept should not be limited to investors interested in sustainable investments but should consider the changing concept of the prototypical investor.

The principal advantage of an investor-oriented approach is that it employs a single, relatively clear, precise, and well-established standard of assessment. It is clear whose needs are to be satisfied, although there are some open questions, as we mentioned above. Furthermore, given that investors are also increasingly interested in not only how ESG issues affect firms' value, but also in the social impact of companies' activities, there is a case to be made for using investor lenses even in case of double materiality. Investors (institutional investors in particular) can be seen as primary users of sustainability reporting.⁹³ Another argument in favour of adopting an investor perspective is that institutional investors, in particular, have significant potential to assist in pursuing sustainability goals.⁹⁴ The observation that standards which adopt an investor perspective typically focus on a single materiality, thereby limiting their scope to financial impact, is a valid criticism. However, this critique should be attributed to single materiality rather than the use of an investor perspective *per se*.

At the other end of the benchmarking spectrum is the *stakeholder* approach. Unlike single materiality and investor-oriented frameworks which primarily aim to provide decision-useful information about sustainability related risks and opportunities necessary for providers of resources, stakeholder approach is more far-reaching. Stakeholder approach is oriented both towards providing information about financial and impact on society and environment as well.

For instance (but not limited to), this approach is adopted by the GRI and CSRD.⁹⁵ The GRI does not have clear definition of benchmark used, but it is clear from its provisions that it has *stakeholder* approach. Furthermore, it has very broad definition of users as it mentions that reported information can be used by organization in its decision-making, by stakeholders, investors and users other than the organization's stakeholders, such as academics and analysts.⁹⁶

93 G. Balp, G. Strampelli, 7

94 See W. G. Ringe.

95 Double materiality is, for example, also supported by Sustainable Finance Disclosure Regulation (Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, OJ L 317, 9. 12. 2019); Taxonomy Regulation (Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088, OJ L 198, 22. 6. 2020).

96 GRI, 7–8.

The CSRD, compared to other existing sustainability reporting frameworks, also seems to have more ambitious goals in terms of information recipients, but also overall goal. It explicitly states that it aims to satisfy a wider group of users. In contrast to the GRI, the CSRD is somewhat more precise in its definition of users, as it identifies two *primary groups* of users whose information needs are to be met. *The first primary group* consists of investors and asset managers. *The second primary group* consists of civil society actors, non-governmental organisations, and social partners.⁹⁷ *Other groups of users* might of course also have use and rely on sustainability information but are not recognised as primary users. Although with respect to investors and asset managers, the Directive recognises that they are primarily interested in risk and opportunities that sustainability issues pose for their investment, it underlines that investors and asset managers are not only interested in financial impact, but also in impact of their investments on people and the environment, as we already mentioned before. Given the aforementioned considerations, it is not surprising that the other primary group, stakeholders, is primarily but not exclusively interested in the accountability of companies with regard to their impact on people and the environment.⁹⁸

The ESRS also defines two groups of users within stakeholders. The *first group* is composed of primary users of general-purpose financial reporting (investors, lenders, other creditors including asset managers, credit institutions, insurance companies). The *second group* includes users of sustainability reports (business partners of the company, trade unions and social partners, civil society and non-governmental organisations, governments, analysts and academics).⁹⁹

The adoption of the stakeholder approach is a consequence of the ambitions of EU and the CSRD, which is to go beyond what non-financial reporting as defined in the NFRD has tried to achieve. The CSRD not only expands the range of users, but it also goes beyond establishing a reporting framework to reduce information asymmetry. It aims to steer companies towards more sustainable behaviour.¹⁰⁰ In addition, it does not only deal with the company's own operations that could have an impact, but also with the operations within its value chain and established business relationships, and even applies to some companies outside the EU.¹⁰¹ Adoption of this approach can also be associated with a lively debate about corporate purpose

97 CSRD, Rec. 9.

98 CSRD, Rec. 9.

99 ESRS, 3.1 Stakeholders and their relevance to the materiality assessment process.

100 See in more detail: G. Strampelli (2024b), 408–409.

101 CSRD, Rec. 18, 31; Art. 19a.

and shareholder primacy vs stakeholder approach.¹⁰² Some authors identify consistency of sustainability disclosure with transition to multi-stakeholder model.¹⁰³

A *stakeholder-oriented* approach raises a number of key issues that require further consideration. Indeed, there are some lessons to be learnt from discussion on stakeholder approach. Regarding the stakeholder approach to sustainability reporting, the question remains: whose interests are being represented and whether there are more dominant interests, i.e. whose interests should be prioritised in case of conflict which is probable to happen.¹⁰⁴ One of the key issues is to identify the relevant groups, as not all groups are relevant. It is evident that this would not be an easy task, given the extensive and diverse definition of the groups in question. According to the ESRS, engagement with affected stakeholders is central to materiality assessment (and due diligence process).¹⁰⁵ Therefore, the role of the stakeholders is not merely passive, but rather it is an active one. This implies that stakeholders are to be engaged in the materiality assessment process, rather than merely acting as passive recipients of information.

Another related issue is the fact that there is *no single standard of assessment* – information may be material to some stakeholders but not to others, and it is not always easy to say whether it is material or not in that case.¹⁰⁶ The problem is also that this approach could potentially lead to

102 On corporate purpose discussion see for example: Klaus J. Hopt, „Corporate Purpose and Stakeholder Value – Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems“, ECGI Law Working Paper, No. 690/2023, available at: <https://ssrn.com/abstract=4390119>, 1. 4. 2024; Guido Ferrarini, „Redefining Corporate Purpose: Sustainability as a Game Changer“, *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), London, 2021, 85–150; Paul Davies, „Shareholder Voice and Corporate Purpose: The Purposeless of Mandatory Corporate Purpose Statements“, ECGI Law Working Paper, No. 666/2022, available at: <https://ssrn.com/abstract=4285770>, 1. 4. 2024; Colin Mayer, „The Governance of Corporate Purpose“, ECGI Law Working Paper, No. 609/2021, available at: http://ssrn.com/abstract_id=3928613, 1. 4. 2024, 1–13; Holger Fleischer, „Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 18, Nr. 2/2021, 161–189.

103 See also G. Balp, G. Strampelli, 15.

104 Milena Mitrović, „Dužnosti direktora u održivom korporativnom upravljanju“, *Pravo i privreda*, Vol. 61, Nr. 3/2023, 856–857.

105 *Affected stakeholders* are individuals or groups whose interests are or could be affected, whereas impact can be both positive and negative. Furthermore, impact can be consequence of companies, but also activities of its direct or indirect business relationship across value chain. ESRS, 3.1 Stakeholders and their relevance to the materiality assessment process, 22.

106 M. Fasan, C. Mio, 290.

information overload, as the aim is to satisfy different groups of users who have different needs, and the publication of all available information is by no means appropriate.

The biggest concern is however *accountability*, as 'having too many masters, means accountability to none'.¹⁰⁷ It can be argued that while stakeholderism may appear to be an appealing approach in the context of sustainability issues and the necessity for accountability and the adoption of this approach, in practice, it may not deliver the expected results. Some scholars argue that stakeholder theory might inadvertently foster insulation and reduce accountability, with adverse effects on reform.¹⁰⁸ This could also lead to an increase in litigation. The presence of multiple groups with conflicting interests could result in some of them perceiving that their interests have not been adequately considered.

IV Conclusion

Materiality plays pivotal role in determining which information and what amount of information needs to be disclosed, both in financial and non-financial/sustainability reporting. Despite the progress made, ESG reporting continues to face significant difficulties and is underperforming in meeting its objectives. The different notions of materiality that currently exist in reporting frameworks is one of the key issues in the rise of sustainability reporting. At present, international sustainability reporting frameworks are still fragmented, with different notions of materiality employed. Overcoming this fragmentation is particularly desirable as it is problematic for both investors and companies that do business globally. This could lead to significant issues that could lead to greenwashing, cause problems with comparability, and result in higher costs for companies and for users of information. Therefore, further improvements and above all convergence of standards are both possible and desirable.

Two main concepts of materiality in sustainability reporting are single and double materiality. *Single materiality* focuses on financial impact of ESG issues on company's value, also known as 'outside-in' perspective. Globally speaking, this concept is still leading concept since it is present in leading global reporting standards, such as ISSB. Main feature of this concept is that it is limited to financial impact and is more investor-oriented. Principal problem of this approach is that it is limited to financial impact and that it might not satisfy even information needs of its primary users – investors.

107 C. Mosca, C. Picciau, 180.

108 See also Lucian A. Bebchuk, Roberto Tallarita, „The Illusory Promise of Stakeholder Governance“, *Cornell Law Review*, Vol. 106, Nr. 91/2020, 164 *et seq.*

Namely, even mainstream investors are more and more interested in ESG issues that do not only affect enterprise value. Furthermore, it is not always simple to delimitate financial from social impact, as what eventually social impacts can also translate to financial risks. This approach also ignores to some extent wider implications of ESG issues on environment and society as whole. Main advantage of this approach stems from the fact that single materiality takes investor needs as benchmark. Therefore, we have clear and to great extent precise standard of assessment and it is also clear whose needs are to be satisfied.

Double materiality in the CSRD consists of financial materiality (outside-in perspective – how sustainability issues affect company) and impact materiality (inside-out perspective – how company activity impacts people or the environment). Companies will have to report if the topic satisfies criteria either from an impact or financial perspective, or both. Double materiality came into spotlight, although it was in existence already with the Non-financial Reporting Directive (NFRD), with adoption of the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) and the European Sustainability Reporting Standards (ESRS). It is also present in some other frameworks, for instance the Global Reporting Initiative (GRI). Double materiality concept is, comparing to single materiality, more ambitious concept in several aspects. Firstly, it goes beyond financial impact and deals also with social impact. Furthermore, it aims to satisfy information needs of wider audience, namely stakeholders. Therefore, contrary to investor-oriented approach adopted in single materiality, double materiality is stakeholder-oriented approach. Finally, the adoption of double materiality and the stakeholder approach is a consequence of the ambitions of the EU and the CSRD to go beyond the establishment of a reporting framework. The CSRD seeks to steer companies towards more sustainable behaviour.

The application of the double materiality approach is usually associated with higher costs. Companies must deal with numerous data points. An important concern is that it makes it difficult for those preparing the report to identify and select the relevant (material) data. It is possible that applying this principle increases the likelihood of information overload. Therefore, from the perspective of both companies and recipients, the process of data identification and processing is more demanding. The fact that double materiality goes hand in hand with a stakeholder approach leads us to several issues. One of the key issues is to identify the relevant groups, as not all groups are relevant. Another is to prioritise, i.e. to balance stakeholder interests when they are in conflict. In addition, there is no single standard of assessment, as double materiality takes stakeholders as a benchmark. This

means that there are different groups of users with different needs. Therefore, what is at the same time the greatest advantage is also the greatest concern – accountability. The presence of multiple groups with conflicting interests could lead to the perception by some of these groups that their interests have not been adequately considered, which could lead to litigation and could expose companies and their management to excessive liability risk.

Further improvements and, above all, convergence of standards is possible and certainly highly desirable. At the same time, it is necessary to overcome the problem of the application of different concepts of materiality. There is also a case to be made for a rethink of the benchmarks that are currently in use. We could make a strong case for using investors as a benchmark even in the case of double materiality, provided that the standard is redefined in line with the changing characteristics of investors, as a reflection of the fact that even mainstream investors are increasingly interested in ESG issues and not just from a financial impact perspective.

References

- Ahern Deirdre, „The Sustainability Reporting Ripple: Direct and Indirect Implications of the EU Corporate Sustainability Reporting Directive for SME Actors“, available at: <https://ssrn.com/abstract=4517356>, 20. 5. 2024.
- Balp Gaia, Strampelli Giovanni, „Institutional Investors as the Primary Users of Sustainability Reporting“, available at: <https://ssrn.com/abstract=4495602>, 1. 4. 2024.
- Bebchuk Lucian A., Tallarita Roberto, „The Illusory Promise of Stakeholder Governance“, *Cornell Law Review*, Vol. 106, Nr. 91/2020.
- Conac Pierre-Henri, „Sustainable Corporate Governance in the EU: Reasonable Global Ambitions?“, *RED*, Vol. 4, Nr. 1/2022.
- Darbellay Aline, Caballero Cuevas Yanick, „The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Vol. 95, Nr. 1/2023.
- Davies Paul, „Shareholder Voice and Corporate Purpose: The Purposeless of Mandatory Corporate Purpose Statements“, ECGI Law Working Paper, No. 666/2022, available at: <https://ssrn.com/abstract=4285770>, 1. 4. 2024.
- de Arriba-Sellier Nathan, „The ISSB’s new standards: breaking ground or low hanging fruits?“, ECGI Blog, 13 July 2023, available at: <https://www.ecgi.global/publications/blog/the-issbs-new-standards-breaking-ground-or-low-hanging-fruits>, 10. 5. 2024.

- Eccles Robert G., Krzus Michael P., Rogers Jean, Serafeim George, „The Need for Sector-Specific Materiality and Sustainability Reporting Standards“, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 24, Nr. 2/2012.
- Fasan Marco, Mio Chiara, „Fostering Stakeholder Engagement: The Role of Materiality Disclosure in Integrated Reporting“, *Business Strategy and Environment*, Vol. 26, Nr. 3/2017.
- Ferrarini Guido, „Redefining Corporate Purpose: Sustainability as a Game Changer“, *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), London, 2021.
- Fleischer Holger, „Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 18, Nr. 2/2021.
- Garellek Michael, „Less is not more: Non-Financial Disclosures and the Socially Responsible Investor“, *Finance durable et droit: perspectives comparées* (eds. Hugues Bouthinon-Dumas, Bénédicte François, Anne-Catherine Muller), Paris, 2020.
- Gergely Szabó Dániel, Engsig Sørensen Karsten, „New EU Directive on the Disclosure of Non-financial Information (CSR)“, *ECFR*, Vol. 12, Nr. 3/2015.
- Gergely Szabo Daniel, *Mandatory Corporate Social Responsibility in the EU*, Eleven Publishing, The Hague, 2016.
- Göttsche Max, Schiemann Frank, Habermann Florian, Spandel Theresa, Tetteroo Max, „Striking a balance: The importance of double materiality in sustainability reporting“, *ECGI Blog*, 26 September 2023, available at: <https://www.ecgi.global/publications/blog/striking-a-balance-the-importance-of-double-materiality-in-sustainability>, 10. 5. 2024.
- Hopt Klaus J., „Corporate Purpose and Stakeholder Value – Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems“, *ECGI Law Working Paper*, No. 690/2023, available at: <https://ssrn.com/abstract=4390119>, 1. 4. 2024.
- Iozzelli Laura, Sandoval Velasco María del Carmen, „Mandatory or Voluntary? The hybrid nature of sustainability disclosure in the EU’s Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)“, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Banking and Finance, Policy Paper*, RSC PP 2023/08, available at: <https://fbf.eui.eu/publication/mandatory-or-voluntary-the-hybrid-nature-of-sustainability-disclosure-in-the-eus-corporate-sustainability-reporting-directive-csrd/>, 10. 5. 2024.

- Jebe Ruth, „The Convergence of Financial and ESG Materiality: Taking Sustainability Mainstream“, *American Business Law Journal*, Vol. 56, Nr. 3/2019.
- Jørgensen Sveinung, Mjøs Aksel, Jacob Tynes Pedersen Lars, „Sustainability reporting and approaches to materiality: tensions and potential resolutions“, *Management and Policy Journal*, Vol. 13, Nr. 2/2022.
- Jørgensen Sveinung, Mjøs Aksel, Jacob Tynes Pedersen Lars, „Sustainability reporting and approaches to materiality: tensions and potential resolutions“, *Management and Policy Journal*, Vol. 13, Nr. 2/2022.
- Mähönen Jukka T., Palea Vera, „Analyzing double materiality through the lense of the European political constitution: Implications for interoperability and standards-setting“, *Nordic & European Company Law, LSN Research Paper Series*, No. 24–03, available at: <https://ssrn.com/abstract=4731089>, 20. 4. 2024.
- Mayer Colin, „The Governance of Corporate Purpose“, *ECGI Law Working Paper*, No. 609/2021, available at: http://ssrn.com/abstract_id=3928613, 1. 4. 2024.
- Mitrović Milena, „Dužnosti direktora u održivom korporativnom upravljanju“, *Pravo i privreda*, Vol. 61, Nr. 3/2023.
- Moratis Lars, van Liedekerke Luc, „Materiality in sustainability reporting according to the European Sustainability Reporting Standards: (What) does it matter?“, available at: <https://ssrn.com/abstract=4702851>, 10. 5. 2024.
- Mosca Chiara, Picciau Chiara, „Making Non-Financial Information Count: Accountability and Materiality in Sustainability Reporting“, *Finance durable et droit: perspectives comparées* (eds. Hugues Bouthinon-Dumas, Bénédicte François, Anne-Catherine Muller), Paris, 2020.
- Ringe Georg Wolf, „Investor-led Sustainability in Corporate Governance“, *Law Working Paper No 615/2021*, available at: https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/ringefinal.pdf, 20. 4. 2024.
- Saad Aisha I., Strauss Diane, „The New „Reasonable Investor“ and Changing Frontiers of Materiality: Increasing Investor Reliance on ESG Disclosures and Implications for Securities Litigation“, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 17, Nr. 2/2020.
- Seretakis Alexandros, Mezzanotte Félix E., „Corporate Sustainability Reporting and Blockchain“, *European Company Law Journal*, Vol. 20, Nr. 5/2023.
- Stolowy Hervé, Paugam Luc, „Sustainability reporting: is convergence possible?“, *Accounting in Europe*, Vol. 20, Nr. 2/2023.

Strampelli Giovanni, „ESG, Sustainability Disclosure, and Institutional Investor Stewardship“, *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 81, Nr. 6/2024b, available at: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr-online/vol81/iss6/2>, 1. 5. 2024.

Strampelli Giovanni, „The Limits of Including Financial Disclosure Rules in a European Capital Markets Code“, *Regulating EU Capital Markets Union, Volume I, Fundamentals of a European Code* (Ed. Rüdiger Veil), Oxford, 2024a.

Ventoruzzo Marco, „Reflections on the notion of reasonable investor“, *Rivista delle società*, Vol. 64, Nr. 5–6/2019.

Date received: 25. 9. 2024.

Date ammended: 1. 12. 2024.

Date accepted: 10. 12. 2024.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 336.226.12(497.11:4-6EU) ; 347.73 ; 336.227.2

CERIF: S 141

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_24406A

Маша ИЛИЋ*

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

УЛОГА КОРЕСПОНДИРАЈУЋЕ КОРЕКЦИЈЕ ДОБИТИ У МЕЂУНАРОДНОМ И У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

Сажетак

Кореспондирајућа корекција добити је инстинктивна међународној пореској права чија је улога ошклањање економској двострукој ошорезивања, где се циљ изражавања ошледа у идентификацији начина његовој реулисања у међународном и у српском праву, као и предлајању решења за уочене проблеме. Упоредноправним методом анализиран је начин реулисања у модел-конвенцијама OECD и УН, реулајиви ЕУ и BEPS иницијативи, са наласком на проблеме у примени и однос са актуелним изменама, ирвенствено са правилом о укључивању дохојка из Друјој сјуба. Преиспитана је позиција Републике Србије кроз сјране директне инвеститије у контексту примене кореспондирајуће корекције у пореским уговорима, на основу чеја је њен положај окарактерисан као завидан, као и оцена српској законодавства у односу на Друјој сјуб где је изнејта ирејорук о усвајању правила о квалификованом домаћем минималном дојлајном порезу. Резултати су указали на мане усвојених

* Електронска адреса аутора: masa.ilic324@gmail.com.

решења, постојеће на постојећак заједничкој дојоварања, и на новоусвојена решења у вези којих углавном не постојећи усаглашен став у литератури.

Кључне речи: *Кореспондирајућа корекција добити. – Економско дво-струко опорезивање. – Принципи „ван дохвата руке“. – Трансферне цене. – Други суб.*

І Увод

У условима пословања које карактерише процес глобализације, порески обвезници, резиденти различитих пореских јурисдикција, свакодневно су усмерени једни ка другима ради остварења заједничких циљева. Приликом опорезивања оваквих трансакција потенцијално може доћи до међународног двоструког опорезивања, што је последица тежње пореских власти више земаља да присвоје што већи „део колача“.

У првом делу рада је објашњено на који начин долази до међународног економског двоструког опорезивања применом „принципа ван дохвата руке“ без уласка у дискусију о методама за анализу трансферних цена. Затим је извршена систематизација корекција основице пореза на добит до којих може доћи и то сврставањем у четири врсте: примарне, секундарне, кореспондирајуће и компензационе корекције.

Други део рада посвећен је анализи института кореспондирајуће корекције добити у упоредном праву и то разматрањем најистакнутијих инструмената међународног пореског права у овој области, а то су: Модел-конвенција о порезима на доходак и имовину *OECD*, Модел-конвенција о двоструком опорезивању између развијених и земаља у развоју усвојена од стране Уједињених нација, регулатива Европске уније и Мултилатерална конвенција за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре. Од изузетног је значаја напоменути да наведене модел-конвенције, иако играју велику улогу у билатералним преговорима земаља, нису акти који имају правну снагу. На крају овог дела рада анализиран је однос одредбе о кореспондирајућој корекцији добити са решењима из тзв. Другог стуба усвојеним у оквиру активности Инклузивног оквира за *BEPS*.

Последњи део рада је посвећен примени одредбе о кореспондирајућој корекцији добити у српском пореском праву. Извршен је увид у одредбе националног законодавства, затим анализа мреже билатералних пореских уговора измењених одредбама Мултилатералне конвенције. Важно је нагласити да комбиновани текст уговора о

избегавању двоструког опорезивања и Мултилатералне конвенције сам по себи нема правну снагу, него су у питању два засебна акта. Добијени подаци су упоређени са подацима о страним директним инвестицијама како би био лоциран ризик од појаве међународног економског двоструког опорезивања у пословању српских компанија на иностраном тржишту, као и иностраних компанија на српском. На крају, извршен је осврт на позицију Србије у односу на примену правила из Два стуба.

Сврха и циљ истраживања је идентификација проблема везаних за институт кореспондирајуће корекције и давање предлога за њихово решавање, дефинисање његовог односа са актуелним изменама у међународном пореском праву, а на крају и утврђивање стања у српском пореском праву у односу на међународне токове. Приликом истраживања је примарно коришћен упоредноправни метод.

II Међународно двоструко економско опорезивање настало применом принципа „ван дохвата руке“

Имајући у виду идентитет пореског обвезника, могу се разликовати две врсте двоструког опорезивања: двоструко правно опорезивање¹ и двоструко економско опорезивање.² Ова два појма се у литератури срећу и као двоструко опорезивање у ужем (правно) и у ширем смислу (економско).³ Економско двоструко опорезивање може да се јави унутар граница једне државе (нпр. између различитих кантона у Швајцарској)⁴, али већу пажњу изазива онда када су умешане две или више држава.

Предмет истраживања је отклањање економског међународног двоструког опорезивања порезом на добит правних лица. Значај ове појаве је у чињеници да она дестимулише међународне инвестиције нарушавајући неутралност у опорезивању, будући да се два обвезника једнаке економске снаге опорезују различито, чиме долази до сукоба са принципом једнакости.

У овој области, готово неизоставно је имплементиран принцип „ван дохвата руке“ (*arm's length principle*). Он осликава односе између неповезаних правних лица који цене међусобних трансакција (трансферне цене) формирају на слободном тржишту.

У наредном примеру погледајмо како принцип „ван дохвата руке“ може довести до двоструког економског опорезивања. Два лица,

1 Дејан Поповић, *Пореско право*, 21. издање, Београд, 2022, 261.

2 Д. Поповић, 265–266.

3 Arnold A. Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Deventer, 1979, 32.

4 Natassia Burkhalter-Martinez, Jeanne Roy-Stämpfli, „Primary, Corresponding and Secondary Transfer Pricing Adjustments“, *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2024.

резиденти различитих јурисдикција, повезана су тако што је А матично лице, а Б зависно. Лице А у току године врши континуиране испоруке готових производа лицу Б, које затим ову робу продаје неповезаним лицима. Б доминантно остварује приходе по основу дистрибуције ове робе. Прописи о трансферним ценама државе лица Б налажу проверу усклађености трансферне цене са принципом „ван дохвата руке“, односно корекцију цене кроз порески биланс услед неусклађености. Друштво је одабрало да тестира трансакцију применом метода нето трансакционе марже (*transactional net margin method*)⁵ лица Б поредећи остварену маржу са тржишном маржом (*arm's length range*) и то обједињеним приступом.⁶ У табели бр. 1 су дата два примера, први у којем је резултат теста усклађеност са принципом „ван дохвата руке“ и други у којем је резултат супротан.

Табела 1
Усклађеност са принципом „ван дохвата руке“

Редни број	Категорија	пример 1	пример 2
(1)	(2)	(3)	(4)
1	пословни приходи лица Б	100,000	100,000
2	пословни расходи лица Б	91,000	98,000
3	пословни добитак (1–2)	9,000	2,000
4	остварена маржа (3/1*100)	9%	2%
5	тржишни распон (<i>arm's length range</i>)	4–10%	
6	медијана тржишног распона	6%	
7	усклађеност са принципом „ван дохвата руке“	ДА	НЕ
8	износ корекције расхода (набавне вредности продате робе)	–	-4,000
9	коригована маржа (1–2–8)/1*100	–	6%

5 OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, 2022, доступно на адреси: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en.html, 7. 7. 2024, 113.

6 OECD (2022), 152.

Разлика у наведеним примерима је у расходима лица Б, који примарно потичу из трансакције са повезаним лицем. Пошто је трансакција извршена под условима који се разликују од тржишних, извршена је примарна корекција цене трансакције како би се основица пореза на добит увећала у складу са обрачуном из табеле бр. 2.

Табела 2
Обрачун пореза на добит групе повезаних лица

Редни број	Категорија	пример 2 из табеле бр. 1 без корекције	пример 2 из табеле бр. 1 са корекцијом
(1)	(2)	(3)	(4)
1	пословни расходи лица Б	98,000	94,000
2	приход лица А	98,000	98,000
3	основица пореза на добит лица Б	2,000	6,000
4	пореска стопа (у обе земље)	10%	10%
5	порез лица Б (3x4)	200	600
6	порез лица А (2x4)	9,800	9,800
7	порез плаћен на нивоу групе (5+6)	10,000	10,400

Основица од 4.000 је опорезована два пута, чиме је дошло до економског двоструког опорезивања. Како наводи Ланг (*Lang*) „свака земља резидентства одређује опорезиву основицу за порез на добит правних лица у складу са националним пореским правом. Ако два правна лица остваре међусобне трансакције, пореске власти две земље могу доделити другачије вредности тим трансакцијама.“⁷

III Корекције узроковане применом принципа „ван дохвата руке“

Теорији и пракси су познате различите врсте корекција до којих долази применом прописа о трансферним ценама. У питању су:

- примарне корекције добити (*primary adjustments*),
- секундарне корекције добити (*secondary adjustments*),

⁷ Michael Lang, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 2nd edition, Wien, 2013, 30.

- кореспондирајуће корекције добити (*corresponding adjustments, matching adjustments*),⁸
- компензационе корекције добити (*compensating adjustments*).

Примарна корекција добити је „усклађивање које пореска администрација прве јурисдикције врши опорезивој добити правног лица као резултат примене принципа „ван дохвата руке“ у трансакцији која укључује повезано правно лице у другој пореској јурисдикцији“.⁹ Будући да је овај принцип уздигнут на ниво општеприхваћеног стандарда, не чуди чињеница да највећи број јурисдикција заиста и захтева примарну корекцију.

Секундарне корекције добити подразумевају корекције „настале опорезивањем секундарних трансакција“.¹⁰ Наставно на претходни пример, стварна вредност трансакција је 98.000, а вредност за пореске сврхе је 94.000. Међутим, пошто ће новчани ток одговарати износу стварне трансакције, може се сматрати да је лице Б свом матичном лицу исплатило разлику по неком другом (прикривеном) основу. Тај други основ је секундарна трансакција. Позната су три различита приступа: трансакција се може сматрати дивидендом (*constructive dividend*), оснивачким улогом/повећањем капитала (*constructive equity distribution*) или позајмицом (*constructive loan*) у зависности од конкретног случаја и националног законодавства. Сваки од ових приступа има своје предности и мане које неће бити предмет овог истраживања. Секундарне корекције су мање распрострањене у односу на примарне услед сложености и административних потешкоћа (нпр. у примени су у Јужној Африци, САД, као и у земљама Европске уније: Аустрији, Бугарској, Данској, Немачкој, Француској, Луксембургу, Холандији, Словенији и Шпанији),¹¹ а у литератури је забележен став да уколико се примењују често је погодније одабрати приступ конструктивне дивиденде или уплате оснивачког улога/повећања капитала уместо конструктивне позајмице.¹² За секундарне корекције у односу на примарне

8 M. Lang, 147.

9 OECD (2022), 24.

10 OECD (2022), 25–26.

11 European Commission, EU Joint Transfer Pricing Forum – Final Report on Secondary Adjustments, Brussels, 2013, доступно на адреси: https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/90a4ab4e-edd4-4551-ae80-efd13fec44b1_en?filename=final_report_secondary_adjustments_en.pdf, 7. 7. 2024, 4.

12 LH Harmse, Alternatives for the treatment of secondary transfer pricing adjustments in South Africa, 2014, доступно на адреси: https://dspace.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/13333/Harmse_LH.pdf;jsessionid=8939576FDC6D10927F28F94FAD7E9EE8?sequence=1, 7. 7. 2024, 88–89.

и кореспондирајуће је специфична чињеница да нису регулисане међународним инструментима.¹³

Кореспондирајуће корекције добити су „усклађивања пореске обавезе повезаног правног лица у другој пореској јурисдикцији извршена од стране пореских власти те јурисдикције, а која одговарају примарној корекцији извршеној од стране пореских власти прве пореске јурисдикције, тако да алокација добити од стране две јурисдикције буде доследна.“¹⁴ За разлику од примарне и секундарне корекције које могу узроковати двоструко опорезивање, кореспондирајућа корекција има другачију улогу – она тежи да сруши ову баријеру. На примеру би то значило следеће: након што је јурисдикција којој припада лице Б умањила његов расход за 4.000, јурисдикција којој припада лице А је паралелно извршила одговарајуће усклађивање пореске основице лица А, тј. умањила је приход у истом том износу. Институт кореспондирајуће корекције добити изазива пажњу овог рада пошто је у питању предмет регулације међународног пореског права, чија реализација је често проблематична и чија се улога преиспитује у светлу актуелних промена овог система.

Компензационе корекције су „усклађивања у којима порески обвезник пријављује за пореске потребе трансферну цену контролисане трансакције која је у сагласности са принципом „ван дохвата руке“, према његовом мишљењу, чак иако се ова цена разликује од стварно исплаћеног износа међу повезаним лицима. Ове корекције се врше пре предаје пореске пријаве.“¹⁵ Оне нису усвојене и препознате од стране највећег броја *OECD* земаља зато што је примарно заузет став да пореска пријава треба да буде заснована на стварним трансакцијама, те не буде пажњу овог рада.

IV Кореспондирајућа корекција добити у упоредном праву

Регулисање области двоструког опорезивања и трансферних цена је окупирано пажњу порескоправне научне и стручне јавности током готово целог 20. и 21. века. Принцип „ван дохвата руке“ је постао неизбежан елемент свих инструмената који теже регулисању пореских односа међународне групе повезаних лица. Многе државе су препознале

13 Andrii Falendysh, *Secondary Transfer Pricing Adjustments: Interpretation Challenges within the EU and International Perspectives*, Lund, 2021, доступно на адреси: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9049394&fileId=9050967>, 7. 7. 2024, 31.

14 OECD (2022), 21.

15 *Ibid.*

значај ове материје, те су је регулисале и путем националног законодавства. Нпр. Италија је усвојила измене регулативе којима се случајеви у којима обвезници могу захтевати кореспондирајућу корекцију не свODE само на поступке предвиђене међународном регулативом.¹⁶

Развој међународних инструмената пореског права првенствено је резултат заједничких напора и сарадње међународних институција попут Уједињених нација (у даљем тексту: УН), Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), Организације за економску сарадњу и развој (у даљем тексту: *OECD*) и Г20 земаља. Међу њима су вероватно најистакнутији Модел конвенција о порезима на доходак и имовину (у даљем тексту: Модел-конвенција *OECD*) као и активности у оквиру *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)* мера.

1. Модел-конвенција *OECD*

„Још од 1963. године Модел-конвенција *OECD* је имала широке последице на преговарање, примену и тумачење пореских уговора.“¹⁷ Улога Модел-конвенције *OECD*, као акта који нема правну снагу, је током низа деценија служила не само као смерница приликом билатералних преговора (како међу државама чланицама, тако и међу нечланицама *OECD*), него је и њен Коментар, иако необавезујући, будио пажњу научне и стручне јавности померајући границе тумачења различитих института међународног пореског права.

Претеча конвенције какву данас познајемо је документ усвојен 30. јула 1963. године под називом Нацрт конвенције о двоструком опорезивању дохотка и имовине.¹⁸ Како се мењала клима у међународном пореском праву, овај инструмент је пратио економска дешавања претрпевши измене и дочекавши своја нова издања 1977.¹⁹ и 1992. године (прва верзија објављена у складу са приступом континуиране уместо

16 Aurelio Massimiano, Mirko Severi, „The New Italian Transfer Pricing Provision Concerning Unilateral Corresponding Adjustments“, *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2019, 71.

17 OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital (Full Version), OECD Publishing, Paris, 2019, доступно на адреси: https://www.oecd.org/en/publications/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en.html, 8. 7. 2024, 1–4.

18 OECD, Draft Double Convention on Income and Capital, OECD Publishing, Paris, 1963, доступно на адреси: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264073241-en, 8. 7. 2024.

19 OECD, Model Double Taxation Convention on Income and on Capital, OECD Publishing, Paris, 1977, доступно на адреси: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264055919-en, 8. 7. 2024.

свеобухватне ревизије документа),²⁰ а затим и десет ревидираних издања (1994, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2010, 2014 и 2017. године).²¹ Последње издање из 2017. године је издање које уноси измене узорковане *BEPS* активностима.

Фокус ранијих верзија конвенције био је првенствено на отклањању двоструког опорезивања, док су каснија издања документа обухватала све већи број циљева (унапређење поступка заједничког договарања, размене информација, *treaty shopping* аранжмана, итд.). Отелотворење принципа „ван дохвата руке“ уткано је у чл. 9 ст. 1 који се налазио још у издању из 1963. године, а садржи могућност вршења примарне корекције добити и ограничење на принцип „ван дохвата руке“. Занимљиво је да је форма чл. 9 ст. 1 „остала непромењена још од тада.“²² „Правила садржана у овом члану нису правни основ за корекцију добити између повезаних лица. Као и свака друга одредба пореских уговора, ова правила не стварају пореску обавезу. Правни основ може бити садржан само у националном законодавству. Ако не постоји одредба националног законодавства која дозвољава корекцију добити, онда не може бити ни корекције према чл. 9 *OECD* Модел-конвенције.“²³

Ст. 2 истог члана препоручује примену кореспондирајуће корекције, наглашавајући поштовање осталих одредби уговора и међусобне консултације уговорних страна у случају потребе. Кореспондирајућа корекција није била предвиђена у првобитној верзији из 1963, већ је уврштена у издање из 1977. године. Због тога не изненађује чињеница да није уобичајено за уговоре закључене пре 1977. године да садрже одредбу попут ове. Кореспондирајућа корекција се пре овог периода чак примењивала само на трансакције између седишта правног лица и његове сталне пословне јединице, а не између повезаних правних лица. Солилова (*Solilova*) описује дискусију која је претходила укључивању одредбе о кореспондирајућој корекцији.²⁴ Са једне стране је био заступљен став да чл. 9 ст. 1 сам по себи представља механизам за отклањање двоструког економског опорезивања, јер сама намера уговорних страна да приступе пореском уговору осликава вољу

20 OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Publishing, Paris, 1992, доступно на адреси: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-september-1992_mtc_cond-1992-en, 8. 7. 2024.

21 OECD (2019), 1–4.

22 Veronika Solilova, „Practical Application of Art. 9 OECD Model Convention: The Czech Republic“, *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis*, Vol. 62, Nr. 2/2014, 398.

23 M. Lang, 146.

24 V. Solilova, 398.

за отклањањем двоструког опорезивања. Са друге стране, овај став је измењен након кампање спровене од стране САД, те је усвојена препорука да се одредба о кореспондирајућој корекцији укључи као засебна.

На први поглед би се рекло да се усвајањем одредбе о кореспондирајућој корекцији у потпуности елиминише економско двоструко опорезивање, али коментар чл. 9 ст. 2 упућује да не мора увек бити тако.²⁵ Поновимо, међународни инструменти попут Модел-конвенције *OECD* нису сами по себи правно обавезујући, те уколико две јурисдикције нису усвојиле међународне препоруке на идентичан начин, лако може доћи до неусаглашености два национална законодавства. Стога Модел-конвенција *OECD* препоручује кореспондирајућу корекцију у оној мери у којој држава уговорница сматра да је примарна корекција у складу са принципом „ван дохвата руке“, како материјално, тако и у погледу износа. Стога је овај члан „само од мале помоћи.“²⁶

Коментар овог члана сугерише (али Модел-конвенција не регулише) могућност временског ограничења обавезе државе уговорнице да изврши кореспондирајућу корекцију. Постоје два приступа по овом питању: један је да ова обавеза буде трајна, док се одређене земље залажу да буде ограничена (најпре из административних разлога). Ово је такође тема препуштена вољи уговорних страна.

Занимљиво је да чл. 9 успоставља стубове за регулисање односа између повезаних лица и то у значајној мери, али опет велики број питања оставља нерешеним, што је узроковало да се управо овај члан често помиње у контексту поступка заједничког договарања (*mutual agreement procedure*) који је предмет регулисања чл. 25 и његовог коментара. „Члан 25 обезбеђује машинерију која омогућава надлежним органима међусобне консултације ради решавања, у контексту проблема трансферних цена, не само проблема двоструког правног опорезивања, него и двоструког економског опорезивања, а посебно оног које настаје као последица укључивања добити повезаних лица у складу са ст. 1 чл. 9; кореспондирајуће корекције које се врше у складу са ст. 2 истог члана према томе спадају у домен поступка заједничког договарања, како по питању вршења икакве корекције, тако и по питању одређивања њеног износа.“²⁷ „Необавезност природе кореспондирајуће корекције добити је неопходна како једна уговорна страна не би била принуђена да прихвати последице произвољног или прекомерног усклађивања друге уговорне стране. Такође је битна ради одржавања фискалног суверенитета

25 OECD (2019), C(9)–1–15.

26 Reuven S. Avi-Yonah, „Double Tax Treaties: An Introduction“, 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1048441>, 11. 11. 2024.

27 OECD (2019), C(25)–5.

сваке земље чланице *OECD*.²⁸ „Међутим, ни наведени члан, као ни један други члан Модел-конвенције *OECD*, не предвиђа никакву методологију за спровођење кореспондирајуће корекције ради отклањања економског двоструког опорезивања, за разлику од случајева правног двоструког опорезивања, где чл. 23 изричито прописује аутоматски механизам отклањања двоструког опорезивања.“²⁹ Није реткост да поступци којима се решавају спорови везани за трансферне цене изазову административне препреке, чак и у развијеним земљама.³⁰

Иако велики број билатералних уговора садржи одредбу о кореспондирајућој корекцији, ни националним законодавством често није предвиђен начин коришћења ове погодности, па би порески обвезници у случају потребе свакако морали покренути поступак заједничког договарања. Сматра се и да је он пожељан чак и када порески уговори не садрже одредбу о кореспондирајућој корекцији, будући да економско двоструко опорезивање није „у духу конвенције“.³¹

Правну несигурност могу изазвати и случајеви различитог тумачења правних норми. Нпр. порески уговор између Чешке и Аустрије не садржи одредбу о кореспондирајућој корекцији, а примена чл. 9 се „може сматрати примером двојакe примене пореског уговора“.³² Тумачење аустријске стране се своди на аргумент да је чл. 9 ст. 2 декларативне природе, пошто сама намера укључивања чл. 9 представља вољу уговорних страна за отклањањем двоструког економског опорезивања, док чешка страна сматра да се кореспондирајућа корекција треба применити само уколико порески уговор садржи клаузулу о кореспондирајућој корекцији. У Смерницама о трансферним ценама за мултинационална предузећа и пореске администрације (у даљем тексту: Смернице) су издвојене следеће потешкоће у спровођењу поступка заједничког договарања, а тичу се кореспондирајуће корекције:³³

- пореским обвезницима може бити одбијен приступ поступку заједничког договарања када су у питању случајеви везани за трансферне цене,

28 OECD (2022), 184.

29 Pitambar Das, „Corresponding Adjustment and Its Interaction with the Mutual Agreement Procedure under Article 25 of the OECD Model“, *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2019, 15.

30 Daniel Sandler, Lisa Watzinger, „Disputing Denied Downward Transfer-Pricing Adjustments“, *Canadian Tax Journal*, Vol. 67, Nr. 2/2019, 281–308.

31 OECD (2019), C(25)–5.

32 Veronika Solilova, Marlies Steindl, „Tax Treaty Policy on Article 9 of the OECD Model Scrutinized“, *Bulletin for International Taxation*, March 2013, 135.

33 OECD (2022), 186.

- рокови успостављени националним законодавством могу учинити институт кореспондирајуће корекције недоступним уколико порески уговор не превазиђе те рокове,
- процедура може трајати дужи временски период,
- може се десити да обвезници нису на адекватан начин усмерени на могућност употребе ове процедуре и
- одсуство процедура које би одложиле плаћање оспорене пореске обавезе, као и обрачуна камате за време чекања исхода поступка заједничког договарања.³⁴

Дас (*Das*) истиче (вероватно и значајније) недостатке поступка заједничког договарања:³⁵

- немогућност покретања поступка од стране сталне пословне јединице будући да она углавном није укључена у појам резидента из пореских уговора;
- будући да је правни основ за вршење примарне корекције национално законодавство, а не порески уговор, постоје тумачења да нема основа за покретање поступка заједничког договарања пошто се не ради о опорезивању супротном пореском уговору;
- (не)обавезујућа природа исхода поступка за судску власт, али и за пореске органе;
- потенцијално неподударање исхода поступка спроведеног пред судом у складу са националним законодавством и поступка заједничког договарања, уколико су оба поступка покренута истовремено;
- немогућност решавања ситуација које укључују више од две пореске јурисдикције;
- различита тумачења по питању рокова за покретање поступка заједничког договарања.

Резерве на чл. 9 ст. 2 ставиле су Чешка (резервисала је право да не укључује овај став у своје уговоре, али оставља могућност преговарања о примени кореспондирајуће корекције у *bona fide* случајевима), Италија (резервисала је право да примени овај став само у складу са процедуром одређеном чланом који регулише поступак заједничког договарања у истом уговору), Аустралија (резервисала је право алокације добити предузећа у складу са законима државе уговорнице у случају

34 Аустријске власти су нпр. препознале овај проблем и омогућиле привремену пореску олакшицу за време трајања дугих поступака у ограниченом броју случајева, како се обвезници у међувремену не би суочавали са двоструким опорезивањем.

35 P. Das, 17–20.

неадекватних информација), као и Мађарска и Словенија (резервишу право вршења кореспондирајуће корекције само у случају да се примарна корекција сматра оправданом).

2. Модел-конвенција УН

Поред Модел-конвенције *OECD*, као смерница за билатералне преговоре при закључењу међународних пореских уговора издвојила се и Модел-конвенција о двоструком опорезивању између развијених и земаља у развоју усвојена од стране Уједињених нација (у даљем тексту: Модел-конвенција УН).³⁶ У питању је акт који, као и Модел-конвенција *OECD*, нема правну снагу, а у поређењу са њом наглашава принцип извора пре него принцип резидентства, што је од значаја за земље у развоју.³⁷

Претеча данашње верзије Модел-конвенције УН датира до 1979. године када је издато Упутство за преговоре у билатералним пореским уговорима између развијених и земаља у развоју, а само годину након њега и прва верзија Модел-конвенције. Као и *OECD* и Модел-конвенција УН је напредовала паралелно са економским дешавањима, те су њена употпуњена издања објављивана током 21. века, такође по принципу континуираног занављања уместо свеобухватне ревизије документа.

„Принцип ван дохвата руке“ је предмет регулисања чл. 9 у обе модел-конвенције и то тако да ст. 1 регулише примарну корекцију добити, а ст. 2 кореспондирајућу, на идентичан начин. Разлика је у томе што Модел-конвенција УН садржи и ст. 3 који ослобађа уговорне стране од спровођења кореспондирајуће корекције у случају да је у другим поступцима утврђено да је порески обвезник приликом вршења примарне корекције извршио превару, поступио грубо несавесно или намерно није испунио обавезе. Овај став је уврштен у верзију из 1999. године. Ленард (*Lennard*) истиче да „они који се противе тој одредби сматрају да казне за такве активности треба да буду обезбеђене законом и да двоструко опорезивање не треба да се примењује *de facto* као додатна казна.“³⁸

Коментар Модел-конвенције УН се изричито позива на Коментар Модел-конвенције *OECD* у свом највећем делу. Он није тако опширан и

36 United Nations, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, New York, 2021, доступно на адреси: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-05/UN%20Model_2021.pdf, 11. 7. 2024.

37 United Nations (2021), iii.

38 Michael Lennard, „The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Tax Convention – Current Points of Difference and Recent Developments“, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, January/February 2009, 8.

детаљан као *OECD* верзија. Ипак, најзначајније одреднице нису препуштене тумачењу, већ су јасно назначене (нпр. да нема речи о секундарној корекцији, да уговорне стране имају слободу у оцени оправданости и висине примарне корекције, у случају потенцијалних несугласица упућује на поступак заједничког договарања и слично).³⁹ Свој лични печат, карактеристику заштите интереса земаља у развоју Модел-конвенција УН је дала у коментару на ст. 2 наглашавајући да земље у развоју могу имати проблем са високим трошковима реализације одредбе о кореспондирајућој корекцији, те да би то могао бити разлог неукључивања ове одредбе у своје уговоре, док би с друге стране било пожељно њено укључивање јер је она механизам за спречавање економског двоструког опорезивања, што је у духу и циљу пореских уговора. Предлог за решавање ове недоумице даје у могућности замене речи „треба“ (*shall*) речју „може“ (*may*) у ст. 2 чл. 9. Ово може деловати као добар компромис, али са друге стране, у великој мери умањује обавезу друге уговорне стране да изврши кореспондирајућу корекцију, тј. циљ конвенције и даље неће бити испуњен јер би овај став могао постати само „мртво слово на папиру“.

3. Регулатива Европске уније

Осим *OECD* и УН, организација која је уложила напоре ка решавању проблема економског двоструког опорезивања узрокованог примарном корекцијом је и Европска унија. Како су „четири слободе“⁴⁰ (слобода кретања добара, људи, услуга и капитала) један од постулата на којима почива ЕУ, двоструко опорезивање је значајна препрека у односима између повезаних лица која припадају различитим земљама чланицама.

Активности на изради акта који би регулисао ову материју у ЕУ су започете још средином ‘70-их година 20. века, да би се 23. 7. 1990. године предлози директиве претворили у међувладину конвенцију⁴¹ – Арбитражну конвенцију (*Arbitration Convention*).⁴² Конвенција је

39 United Nations (2021), 299–305.

40 European Union, Consolidated Version of The Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C-202/47, 2016, доступно на адреси: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_3&format=PDF, 11. 7. 2024, чл. 26.

41 European Commission, Transfer Pricing and the Arbitration Convention, доступно на адреси: https://taxation-customs.ec.europa.eu/transfer-pricing-and-arbitration-convention_en, 11. 7. 2024.

42 Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises – Arbitration Convention (90/463/EEC), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/eli/convention/1990/436/2014-12-14>, 20. 7. 2024.

првобитно усвојена за период важења од пет година, те је стога 25. 5. 1999. године усвојен Протокол о Арбитражној конвенцији који је ратификован тек 2004. године од стране свих тадашњих земаља чланица.⁴³ Сврха Протокола је аутоматски продужетак важења Конвенције за наредних пет година уколико се државе чланице не успротиве.

Чл. 4 ст. 1 Арбитражне конвенције, слично чл. 9 ст. 1 Модел конвенције *OECD*, успоставља могућност вршења примарне корекције. Чл. 5 затим прописује процедуру у којој држава уговорница која намерава да изврши примарну корекцију добити правног лица под њеном пореском јурисдикцијом најпре обавештава обвезника о таквој намери, како би му дала прилику да обавести своје повезано правно лице из друге јурисдикције, као и њене пореске органе. Уколико се сви субјекти који учествују у овом поступку усагласе са предлогом, нема потребе за даљом применом поступка. Конвенција даље упућује на поступак заједничког договарања у случају неподударања ставова по питању конкретне корекције, а у случају неуспеха поступка формирање саветодавне комисије (*advisory commission*) ради решавања проблема.⁴⁴ Највећа предност овог поступка у односу на поступак предвиђен Модел-конвенцијом *OECD* је то да примена правила садржаних у Арбитражној конвенцији предвиђа резултат који елиминише двоструко опорезивање у прописаном року, док у другом случају то није регулисано.⁴⁵

Арбитражна конвенција дефинише и однос између закључених пореских уговора и својих одредби, наглашавајући да њени захтеви неће утицати на испуњење ширег спектра обавеза које се тичу елиминације двоструког опорезивања у случају корекције добити повезаних лица, а које су прописане другим конвенцијама или националним законодавством уговорних страна.

„Примена Арбитражне конвенције на спорове у вези трансферних цена је показала мало ефикасности у пракси.“⁴⁶ Како из тог разлога, тако и због увећане потребе за решавањем пореских спорова који не спадају у домен трансферних цена и економског двоструког опорезивања, 10. 10. 2017. године је усвојена и Директива 2017/1852 о механизмима за решавање пореских спорова у Европској унији.⁴⁷ У њеној преамбули

43 То су биле: Белгија, Данска, Немачка, Грчка, Шпанија, Француска, Ирска, Италија, Луксембург, Холандија, Португал, Велика Британија, Аустрија, Финска и Шведска.

44 Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises – Arbitration Convention (90/463/ЕЕС), чл. 7 ст. 1.

45 V. Solilova, M. Steindl, 135.

46 A. Falendysh, 30.

47 Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2017/1852/oj>, 12. 7. 2024.

је између осталог наведено да је процес праћења имплементације Арбитражне конвенције открио недостатке, поготово у погледу приступачности процедуре, као и њеног трајања и ефикасности. О значају ове теме говори и податак да је тренутно у ЕУ у поступку решавања око 900 поступака у вези двоструког опорезивања, као и да је њихова процењена вредност око 10,5 милијарди евра.⁴⁸ Опсег Директиве је шири у поређењу са Арбитражном конвенцијом, процедуре решавања спорова су конкретизоване и значајно унапређене, а процењује се да ће временом преузети примат, те да ће њене предности значајно утицати на отклањање двоструког опорезивања.

Хадари (*Hadari*) наводи како поступак арбитраже захтева унапређења и пореским обвезницима препоручује уздржавање од права на коришћење правних лекова прописаних националним законодавствима, под условом „да су сачувана њихова процедурална права током арбитраже и да је избегнуто двоструко опорезивање.“⁴⁹

Међутим, поставља се питање „да ли примарно право ЕУ може бити ефикаснија алтернатива пореским обвезницима како би избегли пореско оптерећење“⁵⁰ и то услед чињенице да се „економско двоструко опорезивање узроковано дискриминаторним правилима националних законодавстава може сматрати ограничењем основних слобода.“⁵¹ Аргумент у корист ове тезе свакако је дискриминаторни карактер непризнавања кореспондирајуће корекције од стране једне земље чланице, по основу примарне корекције извршене од стране друге земље чланице будући да група која послује у оквиру граница једне земље не би била изложена сличном додатном пореском оптерећењу, а што представља супротност слободи оснивања. Ипак, постоје и аргументи против: слобода оснивања се не може сматрати захтевом земљи чланици да узме у обзир пореске последице настале у другој земљи чланици, одсуство кореспондирајуће корекције је резултат чисте неусаглашености или последица паралелне примене права на опорезивање,⁵² дискриминаторна ограничења се могу правдати јавним интересом.⁵³ Бурјак

48 European Commission, Resolution of tax disputes in the European Union, доступно на адреси: https://taxation-customs.ec.europa.eu/taxation/company-taxation/resolution-tax-disputes-european-union_en, 12. 7. 2024.

49 Yitzak Hadari, „Compulsory Arbitration in International Transfer Pricing and Other Double Taxation Disputes“, 2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1483621>, 14. 11. 2024, 12.

50 Annika Soom, „Does the European Union Primary Law Require Member States to Make Corresponding Adjustments?“, *EC Tax Review*, Nr. 2/2020, 98.

51 *Ibid.*, 99.

52 *Ibid.*

53 Svitlana Buriak, Raffaele Petruzzi, „Transfer Pricing Rules under the ECJ’s Scrutiny: Green Light for Non-Arm’s Length Transactions?“, *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2018, 353.

(Buriak) и Петруци (Petruzzi) закључују да „корекције по основу трансферних цена треба да се примењују само како би се избегле прекограничне трансакције и аранжмани који нарушавају уједначену алокацију права на опорезивање премештањем добити,⁵⁴ док Сум (Soom) истиче да су корекције пореске основице „кршење слободе оснивања, али да је такав негативан утицај прихватљив ради борбе против абузивне праксе.“⁵⁵ Због тога се не препоручује потрага за правном заштитом помоћу примене одредби примарног права ЕУ.

4. BEPS иницијатива

Инструменти међународног пореског права друге половине 20. века, на челу са Модел-конвенцијом *OECD*, донели су значајне новине у овој области. Њихова улога се пре огледа у систематизацији, унапређењу и дефинисању постојећих правила, као и давању смерница за њихову примену, него у увођењу нових. Потпуно другачији приступ, заснован на новим правилима која циљају одређене групе обвезника постао је обележје периода који почиње 2013. године усвајањем *BEPS* акционог плана (у даљем тексту: Акциони план) од стране земаља *OECD* и Г20 који је садржао 15 акција.⁵⁶ „Широко је прихваћено разумевање да земље у развоју нису имале активну улогу у креирању *BEPS* акционог плана, плана који је на крају обухватио мере које одговарају бригаама развијених земаља.“⁵⁷

Најзначајнији мотиви за покретање овакве иницијативе били су спознаја размера губитака пореских прихода по основу пореза на добит узрокованих агресивним пореским планирањем, као и тежња ка опорезивању у јурисдикцијама где су концентрисане економске активности. Постоје процене, базиране на различитим изворима, да глобални губитак пореза на добит узрокован премештањем добити (*profit shifting*) износи 4–10% укупних прихода од пореза на добит, што за нпр. 2019. годину може износити и до 247 милијарди долара.⁵⁸ О значају овог пореског облика говори и податак да су приходи од пореза на добит

54 S. Buriak, R. Petruzzi, 360.

55 A. Soom, 103.

56 OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris, 2013, доступно на адреси: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en, 12. 7. 2024.

57 Andrea Riccardi, „Implementing a (global?) minimum corporate income tax: an assessment of the so-called „Pillar Two“ from the perspective of developing countries“, *Nordic Journal on Law and Society*, Vol. 4, Nr. 1/2021, 8.

58 Felix Hugger, Ana Cinta González Cabral, Massimo Bucci, Maria Gesualdo, Pierce O'Reilly, „The Global Minimum Tax and the Taxation of MNE profit“, *OECD Taxation Working Papers*, No. 68, OECD Publishing, Paris, 2024, доступно на адреси: <https://>

корпорација просечно износили око 15,1%⁵⁹ укупних пореских прихода у 2020, односно око 17,2% у 2021. години.⁶⁰

Може се рећи да је сет мера покренут *BEPS* акционим планом најзначајнија промена у међународном пореском праву још од усвајања Модел-конвенције *OECD*. Мере дефинисане кроз решења Два стуба (*Two Pillar*) покренула су и питања компатибилности са традиционалним институтима међународног пореског права (са кредитом за уштеђени порез, са кореспондирајућом корекцијом и принципом „ван дохвата руке“, инструментима за спречавање утањене капитализације, итд.).

а) Мултилатерална конвенција

Под окриљем остварења циља 15. акције, 24. 11. 2016. године је усвојена Мултилатерална конвенција за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре (у даљем тексту: Мултилатерална конвенција),⁶¹ којом се уводе два минимална стандарда: спречавање *treaty shopping* злоупотреба и унапређење поступка заједничког договарања.⁶² Мултилатералној конвенцији је иницијално приступило 68 јурисдикција, а до новембра 2024. године је било 104 потписнице.⁶³ Осим што уводи иновативни приступ мултилатерализму у пореском праву (флексибилност која се огледа кроз достављање спискова пореских уговора на које се примењује, систем стављања резерви и одабира међу алтернативама), она се бави и добро познатим проблемима, као што је кореспондирајућа корекција, која је предмет регулисања чл. 17. Мултилатерална конвенција правну снагу стиче кроз поступак ратификације.

www.oecd.org/en/publications/2024/01/the-global-minimum-tax-and-the-taxation-of-mne-profit_2c3d9f9d.html, 12. 7. 2024, 24.

59 OECD, Corporate Tax Statistics, OECD Publishing, Paris, 2023, доступно на адреси: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/corporate-tax-statistics-2023_f1f07219-en, 13. 7. 2024, 13. Истраживање се ослања на податке из 2020. године који укључују 116 земаља.

60 OECD, Tax Administrations 2023: Comparative Information on OECD and other Advanced and Emerging Economies, OECD Publishing, Paris, 2023, доступно на адреси: https://www.oecd.org/en/publications/tax-administration-2023_900b6382-en.html, 13. 7. 2024, 32.

61 OECD/G20, Multilateral Convention to implement Tax Treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting, Paris, 2016a, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>, 12. 7. 2024.

62 OECD/G20 (2016a), 13, 25.

63 OECD, Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/BEPS-mli/BEPS-mli-signatories-and-parties.pdf>, 10. 11. 2024.

Чл. 17 ст. 1 је истоветног садржаја као и чл. 9 ст. 2 Модел-конвенције *OECD*, тј. он уводи институт кореспондирајуће корекције. Ст. 2 истог члана представља тзв. клаузулу о компатибилности (*compatibility clause*)⁶⁴ којом се предвиђа да се ст. 1 примењује уместо или у одсуству одредбе о кореспондирајућој корекцији. Улога клаузуле о компатибилности је „експлицитно одређивање односа између мултилатералног инструмента и постојећих билатералних пореских уговора.“⁶⁵ Говинд (*Govind*) и Пистон (*Pistone*) закључују да „уместо да се примењују општа правила међународног јавног права, као што су *lex posterior* или *lex specialis*, која доводе до неуједначене примене, приступ усвојен у Мултилатералној конвенцији који користи изричите и специфичне клаузуле о компатибилности у свакој одредби, представља прави пут за решавање конфликта са пореским уговорима.“⁶⁶ Обандо (*Obando*) је става да „клаузуле о компатибилности у Мултилатералној конвенцији прате дух *lex posterior* принципа, будући да наводе да одредбе Мултилатералне конвенције имају примат у односу на постојеће одредбе пореских уговора.“⁶⁷

У ст. 3 и 4 чл. 17 се огледа флексибилност Мултилатералне конвенције која предвиђа права која потписнице могу да резервишу како би усвојиле одредбу на начин који највише одговара постојећим билатералним уговорима.

Када је у питању кореспондирајућа корекција, Мултилатерална конвенција не предвиђа нови механизам за отклањање двоструког опорезивања, али у значајној мери доприноси ефикасности имплементације ове мере у постојећу мрежу билатералних уговора који је до сада нису садржали.

64 OECD/G20, Explanatory Statements to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, 2016, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>, 20. 7. 2024, 53.

65 Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, „Значај и ефекти BEPS Мултилатералне конвенције у међународном пореском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75/2017, 26.

66 Sriram Govind, Pasquale Pistone, „The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument“, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects* (eds. Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, 136.

67 Roberto Ramos Obando, *Reservations and Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument: Overcoming New Interpretative Challenges*, 2017, доступно на адреси: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8910772&fileId=8910773>, 16. 11. 2024, 31.

б) Однос правила Другој стуба и кореспондирајуће корекције

О утицају BEPS пројекта на традиционалне институте међународног пореског права довољно говори податак да су од 15 акција садржаних у Акционом плану чак седам као очекивани исход предвиделе измене Модел-конвенције OECD, а чак пет измену Смерница (неке од њих оба документа).⁶⁸ Процена је да је Мултилатерална конвенција до марта 2023. године утицала на чак 1850 постојећих пореских уговора.⁶⁹ Након њеног усвајања 2016. године, следећи значајан помак донела је 2021. година и решења из тзв. Два стуба (*Two Pillar Solution*) договорена од стране Инклузивног оквира за BEPS (*Inclusive Framework on BEPS*).⁷⁰

Глобални значај овог концепта се огледа и у чињеници да је 2016. године било 82 чланице Инклузивног оквира, док данас овај број износи 147, тј. не баве се само развијене земље горућим пореским проблемима, већ се у битку укључио и велики број земаља у развоју.⁷¹ Ипак, Рикарди (*Riccardi*) наводи да „еволуција и подела међународне пореске дебате у приступ Два стуба, а самим тим и настанак Другог стуба, јасно одговара пореској политици мале, али моћне, групе земаља. У том контексту, релевантно је напоменути да је *GloBE* пакет иницијално предложен од стране две велике европске силе, Немачке и Француске, и инспирисан је мерама усвојеним у националном законодавству САД у децембру 2017. године.“⁷²

Циљ Првог стуба (*Pillar One*) је реалокација права опорезивања профита ка оним јурисдикцијама у којима се налазе потрошачи (*market jurisdictions*), док је Други стуб (*Pillar Two*) окренут ка успостављању минималног нивоа опорезивања порезом на добит (*Global Minimum Tax – GMT*).⁷³ Формална инцидентна решења Два стуба усмерена је ка великим

68 OECD (2013), 29–40.

69 OECD, *Tax Policy Reforms 2023 OECD and Selected Partner Economies*, OECD Publishing, Paris, 2023ц, доступно на адреси: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/tax-policy-reforms-2023_d8bc45d9-en#page4, 13. 7. 2024, 47.

70 Инклузивни оквир за BEPS је успостављен у јуну 2016. у Кјоту у Јапану на основу иницијативе земаља G20 са циљем изградње оквира који ће укључити све заинтересоване земље и јурисдикције, а посебно оне у развоју, како би равноправно учествовале у имплементацији и развоју нових мера у оквиру BEPS активности. На тај начин се ствара стабилност у међународном пореском праву будући да је идеја да новоуспостављене мере не заступају искључиво интересе развијених земаља, него и земаља у развоју.

71 *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>, 13. 7. 2024.

72 A. Riccardi, 14.

73 OECD (2023ц), 45.

глобалним мултинационалним компанијама, будући да су последице агресивног пореског планирања управо ових субјеката материјално најзначајније. Субјекти који подлежу правилима Првог стуба су они чији је глобални промет већи од 20 милијарди евра и имају профитабилност изнад 10% од прихода, док се правила Другог стуба односе на обвезнике чији годишњи приход исказан у консолидованим финансијским извештајима матичног правог лица премашује 750 милиона евра.⁷⁴ На тај начин су мере усмерене ка малој групи обвезника који најчешће прибегавају агресивном пореском планирању, док је велики број мањих субјеката ослобођен додатних административних трошкова.

Наваро (*Navaro*) истиче да је *OECD* деценијама заступао примену принципа „ван дохвата руке“ док га готово све земље нису почеле примењивати, а решењима из Два стуба се он напушта, посебно правилима Првог стуба која алокацију дохотка мултинационалних компанија заснивају на формули којом се право на опорезивање алоцира јурисдикцијама у којима је доходак настао.⁷⁵

Други стуб је успоставио следеће:⁷⁶

- два глобална правила, предвиђена да буду део националног законодавства (*Global anti-Base Erosion Rules – GloBE rules*): правило о укључивању дохотка (*Income Inclusion Rule – IIR*) и правило за случај прениског опорезивања (*Undertaxed Payment Rule – UTPR*) и
- правило о подложности порезу (*Subject to Tax Rule – STTR*) које би било укључено у пореске уговоре.

Правило о укључивању дохотка успоставља доплатни порез у земљи резидентства матичног правног лица, по основу ниско опорезованог дохотка зависног правног лица. Очекује се да ово правило „буде минимално примењено од стране земаља у развоју.“⁷⁷ Правило за случај прениског опорезивања оспорава одбитке или захтева једнака прилагођавања ради проширења ниско опорезованог дохотка зависног правног лица који није предмет опорезивања у складу са правилом о укључивању дохотка.

74 OECD/G20, Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2021a, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>, 16. 11. 2024, 1–4.

75 Aitor Navaro, „The Multilateral Instrument (MLI) and Transfer Pricing“, *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, No. 2024–01/2021, 807–808.

76 OECD/G20 (2021a), 3.

77 A. Riccardi, 21.

Правило о подложности порезу је правило према којем држава извора успоставља ограничено опорезивање појединих ставки дохотка на извору, а које су предмет опорезивања стопом испод минималне, при чему ће овакав порез бити узет у обзир приликом примене претходна два правила.⁷⁸ Ради његове ефикасније имплементације 15. 9. 2023. године Инклузивни оквир је усвојио нови мултилатерални инструмент отворен за потписивање почев од 2. 10. 2023. године.⁷⁹ „Правило о подложности порезу не треба посматрати као „добитак“ за земље у развоју, већ као меру која индиректно чува неефикасан и неправедан систем пореских уговора који подржава опорезивање према резидентству.“⁸⁰

За потребе примене *GloBE* правила Други стуб је предвидео минималну пореску стопу на нивоу од 15%. Примена правила о укључивању дохотка се заснива на обрачуну ефективне пореске стопе зависног ентитета и поређењу са минималном. Уколико је ефективна стопа мања од минималне, биће успостављен доплатни порез у висини те разлике (*top-up tax*) и то тако што ће опорезиви доходак зависног ентитета бити укључен у доходак матичног уз примену одређеног сета правила (нпр. супстанцијално искључење из дохотка – *Substance-Based Income Exclusion*).⁸¹ Додатно, уколико земља резидентства недовољно опорезованог ентитета (што је у највећем броју случајева земља у развоју која сниженим пореским стопама тежи да привуче инвеститоре из развијених земаља) жели да задржи приходе од доплатног пореза, постоји могућност увођења правила о квалификованом домаћем минималном доплатном порезу (*Qualified Domestic Minimum Top-up Tax – QDMTT*).⁸² Уколико ово правило не постоји у земљи резидентства зависног ентитета, земља резидентства матичног ентитета ће применити правило о укључивању дохотка како би намера премештања добити у земље са нижим пореским стопама била обесмишљена.

78 OECD/G20 (2021), 3.

79 OECD/G20, Multilateral Convention to Facilitate the Implementation of the Pillar Two Subject to Tax Rule, 2023, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/subject-to-tax-rule/multilateral-convention-to-facilitate-the-implementation-of-the-pillar-two-subject-to-tax-rule.html>, 13. 7. 2024.

80 A. Riccardi, 28.

81 OECD/G20, Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), 2021b, доступно на адреси: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/tax-challenges-arising-from-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two_782bac33-en, 16. 11. 2024, 30.

82 OECD/G20, Minimum Tax Implementation Handbook (Pillar Two), 2023, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/global-minimum-tax/minimum-tax-implementation-handbook-pillar-two.pdf>, 14. 7. 2024, 5.

Велики број земаља је већ предузео кораке ка имплементацији правила о укључивању дохотка – 31 земаља⁸³ је усвојила ову меру у националном законодавству, док се у 17 земаља⁸⁴ налази у фази нацрта или је најављено усвајање.⁸⁵ Правило за случај прениског опорезивања примењује земаља резидентства зависног ентитета како би задржала део додатног пореза по основу недовољно опорезованог дохотка. Не очекује се да ће ово правило постићи ефекте пре 2025. године.⁸⁶

Предмет анализе овог рада је однос између кореспондирајуће корекције и правила о укључивању дохотка, које у великој мери може подсећати на *CFC* правила, будући да оба сета мера подразумевају укључивање дохотка зависног ентитета у доходак матичног и опорезивање у његовој земљи резидентства.⁸⁷ Стога се анализа односа правила о укључивању дохотка са другим институтима међународног пореског права може вршити имајући у виду искуства са *CFC* законодавством.

На претходном примеру у табели бр. 3 је обрачунато како би поједностављено могла изгледати примена правила о укључивању дохотка у различитим ситуацијама.⁸⁸ Ради се о случају где је земаља зависног ентитета извршила примарну корекцију, а земаља матичног ентитета има обавезу примене кореспондирајуће корекције.

83 То су: Аустрија, Белгија, Бугарска, Канада, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Италија, Јапан, Летонија, Литванија, Луксембург, Малезија, Малта, Холандија, Нови Зеланд, Норвешка, Румунија, Словачка, Словенија, Јужна Кореја, Шведска, Швајцарска, Велика Британија и Вијентам.

84 То су: Аустралија, Кипар, Хонг Конг, Острво Мен, Индонезија, Израел, Кенија, Маурицијус, Нигерија, Пољска, Португал, Сингапур, Јужна Африка, Шпанија, Уједињени Арапски Емирати, Зимбабве и Тајланд.

85 Подаци ажурирани 30. 10. 2024. WTS Global, Pillar Two Country-by-Country Implementation Status, доступно на адреси: <https://wts.com/wts.com/hot-topics/pillar-two/implementation-status/wtsglobal-pillar-two-country-by-country-implementation.pdf>, 16. 11. 2024, 2–5.

86 OECD/G20 (2023б), 6.

87 Ради дискусије о разликама и сличностима између правила о укључивању дохотка и *CFC* правила Вид. Д. Поповић, Г. Илић Попов (2022), 676–679.

88 Пример из табеле бр. 2, колона бр. 4.

Табела 3
Примена IIR

Редни број	Категорија	већи износ корекције		мањи износ корекције	
		без примене IIR	примена IIR	без примене IIR	примена IIR
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
1	некоригована основица пореза на добит лица Б	2,000	2,000	2,000	2,000
2	коригована основица пореза на добит лица Б (примарна корекција)	6,000	6,000	2,200	2,200
3	некоригована основица пореза на добит лица А	98,000	98,000	98,000	98,000
4	основица пореза на добит лица А коригована кореспондирајућом корекцијом	94,000	94,000	97,800	97,800
5	законска стопа у обе земље	10%	10%	10%	10%
6	порез лица А (4x5)	9,400	9,400	9,780	9,780
7	порез лица Б (2x5)	600	600	220	220
8	порез на нивоу групе (6+7)	10,000	10,000	10,000	10,000
9	нето резултат лица Б (1-7)	1,400	1,400	1,780	1,780
10	GloBE доходак лица Б (9+7)	-	2,000	-	2,000
11	ефективна пореска стопа (7/10x100)	-	30%	-	11%
12	стопа доплатног пореза (15% - 11, или 0% уколико је 11>15%)	-	0%	-	4%
13	супстанцијално искључење из дохотка (SBIE)	-	0	-	0
14	доплатни порез ((10-13)x12)	-	0	-	80
15	порез на нивоу групе укупно (8+14)	10,000	10,000	10,000	10,080

У извештају Инклузивног оквира о GloBE Модел правилима Другог стуба наведено је да полазну основу за GloBE доходак чини нето резултат из појединачног финансијског извештаја зависног ентитета који се користи за састављање консолидованог финансијског извештаја матичног

и то пре елиминација међусобних трансакција.⁸⁹ Резултат се затим коригује за одређене категорије које, ради поједностављења, нису дате у примеру (нпр. корекција по основу обрачуна трошкова резервисања за одлазак запослених у пензију у складу са *IAS 19*). Једина корекција нето резултата која је извршена у примеру је корекција по основу пореза на добит, како би се израчунао *GloBE* доходак (поље 10).

Модел правила прописују да трансакције између саставних ентитета лоцираних у различитим јурисдикцијама које нису евидентирани у једнаким износима у финансијским извештајима оба лица или које нису усклађене са принципом „ван дохвата руке“ морају бити прилагођене тако да буду једнаке и усклађене са њим.⁹⁰ Може се извести закључак да уколико је код једног повезаног лица дошло до примарне корекције, а земља резидентства другог повезаног лица није пружила уступак у виду кореспондирајуће корекције, да ће овакво прилагођавање ипак бити извршено за потребе примене правила о укључивању дохотка. Модел правила прописују поступање у случају да до корекције пореске основице дође накнадно (нпр. у случају пореске контроле или у оквиру поступка заједничког договарања).⁹¹ Гекиер (*Ghekiere*), Франсенс (*Franssens*), Де Бејтс (*De Baets*) и Верлинден (*Verlinden*) су извршили квантификацију ефеката оваквих накнадних корекција у различитим ситуацијама и примећују да може доћи до умањења већ плаћеног доплатног пореза, али да Други стуб није предвидео механизам за рефундацију тог износа.⁹²

У примеру из табеле бр. 3, примарном корекцијом је измењена основица лица Б тако да је трансакција на тај начин исказана у складу са принципом „ван дохвата руке“. Пример из колоне бр. 4 показује да је примарна корекција у великој мери повећала ефективну пореску стопу, далеко изнад минималне, што је даље узроковало непостојање доплатног пореза. Пример из колоне бр. 6 показује да уколико је примарна корекција мање значајна у односу на основицу, она ће повећати ефективну стопу знатно мање него у претходном случају, што доводи до стопе доплатног пореза у висини 4%. Закључак је да постојање кореспондирајуће корекције није од значаја за утврђивање *GloBE* дохотка код лица које је извршило примарну корекцију, али да однос износа примарне корекције и некориговане пореске основице може у великој мери утицати на износ доплатног пореза путем ефективне пореске стопе и то у толикој мери да га може у потпуности елиминисати.

89 OECD/G20 (20216), 16.

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*, 27.

92 Joni Ghekiere et al., „Navigating the Transfer Pricing Pitfalls and Opportunities of Pillar Two: Part 1 – Transfer Pricing Adjustments“, *International Transfer Pricing Journal*, July/Avgust 2024, 222.

Битно питање је и однос између (најчешће) члана 9 из пореских уговора и примене правила о укључивању дохотка, при чему оно може да се постави и у односу према другим институтима.⁹³ Спор око усклађености је био предмет анализе током претходних деценија, али у односу на *CFC* законодавство, па Модел-конвенција *OECD* почев од 2017. године садржи тзв. изузимајућу клаузулу (*saving clause*) у чл. 1 ст. 3 чија је сврха отклањање недоумице у примени одредби пореских уговора и националног законодавства које може наметнути додатне пореске обавезе својим резидентима, а по основу активности повезаних лица из других јурисдикција. „Може се тврдити да је намера *OECD* приликом укључивања изузимајуће клаузуле у Модел-конвенцију и Мултилатералну конвенцију двострука: уклањање препрека у тумачењу које би могле ометати примену националних анти-абузивних правила у ситуацијама где се примењују и порески уговори, уз очување циља отклањања двоструког опорезивања.“⁹⁴ Овај став наводи да „Конвенција неће утицати на опорезивање, од стране државе уговорнице, својих резидената осим у погледу користи гарантованих ст. 3 чл. 7, ст. 2 чл. 9 и чл. 19, 20, 23 [А] [В], 24, 25 и 28.“⁹⁵ Одредба сличног садржаја налази се и у Модел-конвенцији УН.⁹⁶ Ово значи да уколико држава уговорница у свом националном законодавству има прописане одредбе попут *CFC* законодавства или *GloBE* правила, неће бити никаквих препрека у њиховој примени, осим у погледу наведених одредби, а у које је укључена и кореспондирајућа корекција (чл. 9 ст. 2), али не и примарна (чл. 9 ст. 1).⁹⁷ Наваро истиче „апсурдни резултат“ који настаје услед искључивања чл. 9 ст. 1 из изузимајуће клаузуле – уколико једна држава уговорница врши примарну корекцију која превазилази принцип „ван дохвата руке“ то може бити тумачено као опорезивање у складу са одредбама пореског уговора (будући да је чл. 9 ст. 1 искључен из изузимајуће клаузуле) што даље узрокује немогућност покретања поступка заједничког договарања и легитимно право друге државе уговорнице да одбије да изврши кореспондирајућу корекцију.⁹⁸ На тај начин не долази до отклањања економског двоструког опорезивања, што је један од циљева пореских уговора.

93 Vikram Chand, Alessandro Turina, Kinga Romanovska, „Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the various challenges“, *World Tax Journal*, Nr. 4/2022, 4.

94 A. Navaro, 805.

95 OECD (2019), М–7.

96 United Nations (2021), 6.

97 Више о укључивању чл. 9 ст. 1 у изузетке од изузимајуће клаузуле Вид. V. Chand *et al.* (2022), 31–33.

98 A. Navaro, 815.

Конфликт може настати у случају да се примарна корекција врши у држави резидентства матичног правног лица које примењује правило о укључивању дохотка, кореспондирајућа корекција у држави резидентства зависног правног лица, а да не постоји изузимајућа клаузула, будући да ће доћи до умањења ефективне пореске стопе контролисаног лица, које ће даље изазвати повећање доплатног пореза, односно поништавање ефекта мере која за циљ има отклањање двоструког економског опорезивања. Супротно, уколико се у држави резидентства зависног лица врши примарна корекција, а у држави резидентства матичног лица кореспондирајућа и правило о укључивању дохотка, у том случају ова два правила нису у конфликту пошто се доплатни порез обрачунава према елементима за опорезивање зависног ентитета, а присуство кореспондирајуће корекције код матичног утиче на постојање или непостојање економског двоструког опорезивања без обзира на примену правила о укључивању дохотка.

Одредба о кореспондирајућој корекцији није једина одредба пореских уговора која може доћи у конфликт са правилима Другог стуба, те стога постоје предлози да се у уговоре имплементира тзв. заштитна клаузула (*safeguard clause*) чија би сврха била дефинисање примене ових правила како не би дошло до „великог ризика да комплетан пројекат Два стуба буде неуспешан након рестриктивног утицаја одредби пореских уговора на ова правила.“⁹⁹ Повећајући аналогију са *CFC* мерама у литератури постоји закључак „да примена изузимајуће клаузуле отклања било какве дилеме, а да ако ње нема не постоји консензус.“¹⁰⁰

V Кореспондирајућа корекција у српском пореском праву

У условима глобализације уз актуелне промене које се догађају на међународном нивоу у области пореског права, земљи у развоју, као што је Србија, није лако да пронађе баланс између заштите сопственог суверенитета и очувања пореске основице, привлачења страних инвестиција пореским подстицајима и примене новонасталих измена.

Када су у питању корекције узроковане применом принципа „ван дохвата руке“, српском пореском праву су познате примарна и кореспондирајућа корекција, док секундарна и компензациона корекција нису предвиђене у законодавству. Примарна корекција регулисана је Законом о порезу на добит правних лица (у даљем тексту: ЗПДПЛ) и одговарајућим подзаконским актима.¹⁰¹ Регулатива је, у највећој

99 V. Chand *et al.* (2022), 48.

100 Д. Поповић, Г. Илић Попов (2022), 680.

101 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013,

мери, усклађена са Смерницама и са међународном праксом у примени принципа „ван дохвата руке“. Кореспондирајућа корекција је прописана у ЗПДПЛ чл. 60 ст. 12, увођењем могућности умањења пореске основице у случају примене одговарајућих одредби међународних уговора. Чини се да у Србији примена те одредбе није распрострањена у пракси иако кореспондирајућа корекција већ дуго налази своје место у пореским уговорима Србије.¹⁰² Управо је ово категорија која се често наводи као предмет поступка заједничког договарања, а тако је учињено и у званичном објашњењу Пореске управе о овом поступку.¹⁰³

Могуће је да секундарне корекције нису предвиђене у српском пореском праву услед сложености у примени поступка, као и административних потешкоћа. Оне су својствене националним законодавствима и нису биле у фокусу међународног пореског права, те се може закључити да недостатак оваквих одредби не представља препреку у хармонизацији прописа и међународном пословању. Компензационе корекције добити су још један институт који није нашао свој простор у српском националном законодавству. Њихова примена би подразумевала склапање споразума са пореским властима (*advance pricing agreements – APA*), чије закључивање није (за сада) предвиђено српским правом.

Своју мрежу билатералних пореских уговора Србија гради по узору на међународну праксу већ више од пола века.¹⁰⁴ Од 64 пореска уговора Србије, колико је тренутно на снази, само је уговор са Француском закључен пре укључивања чл. 9 ст. 2 у Модел-конвенцију *OECD*, стога он не садржи одредбу о кореспондирајућој корекцији. Не садржи је ни један уговор закључен током ‘80-их година (од укупно девет), док је у преостала 54 уговора само у четири изостављена. У међународним порескоправним односима Србије је значајна чињеница да је она већ дуго чланица Инклузивног оквира за *BEPS*, као и да је једна од првих јурисдикција које су приступиле Мултилатералној конвенцији (на церемонији потписивања одржаној 7. 6. 2017. године у Паризу).¹⁰⁵

68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачње, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021, чл. 59–62.

102 Од пореских уговора који су тренутно на снази, најраније закључен уговор који садржи одредбу о кореспондирајућој корекцији је уговор између Србије и Русије из 1995. године.

103 Министарство финансија, Објашњење о поступку заједничког договарања према међународним уговорима о избегавању двоструког опорезивања, 2020, доступно на адреси: <https://www.mfin.gov.rs/propisi/ugovori-o-izbegavanju-dvostrukog-oporezivanja>, 18. 7. 2024, 8.

104 Најстарији од пореских уговора Србије који су тренутно на снази је уговор са Француском из 1974. године.

105 Доступно на адреси: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/BEPS-mli/BEPS-mli-signatories-and-parties.pdf>, 16. 11. 2024.

По питању чл. 17 Мултилатералне конвенције Србија се определила да у складу са ст. 3 тач. (а) цео члан не примењује на своје обухваћене пореске уговоре који већ садрже ту одредбу.¹⁰⁶ Од 64 државе са којима Србија има закључене важеће пореске уговоре само седам нису потписнице Мултилатералне конвенције. Укључивање одредби Мултилатералне конвенције у текстове пореских уговора дало је резултат да се у пореским односима са још осам земаља сада примењује одредба о кореспондирајућој корекцији, што чини укупно 58 уговора. Коначан ефекат је да се кореспондирајућа корекција не примењује у односима са само шест земаља и то зато што:

- друга уговорна страна није потписница Мултилатералне конвенције (Шри Ланка),
- друга уговорна страна није уврстила Србију у своју листу обухваћених пореских уговора (Шведска и Немачка),
- је друга уговорна страна резервисала своје право у складу са чл. 17 ст. 3 тач. (б) да у одсуству ове одредбе или примене одговарајућу корекцију или настоји да реши потенцијалне случајеве у складу са поступком заједничког договарања – ова комбинација опредељења две државе уговорнице резултује немогућношћу примене чл. 17 (Чешка – која је ставила резерву и на чл. 9 ст. 2 Модел-конвенције *OECD* и Вијетнам),¹⁰⁷
- се друга уговорна страна определила за право из чл. 17 ст. 4, тј. није ставила резерву у складу са чл. 3 већ је обавестила Депозитара о овој одредби у својим обухваћеним пореским уговорима како би она била замењена новом формулацијом (Италија – која је ставила резерву и на чл. 9 ст. 2 Модел-конвенције *OECD*).

Посматрајући податке о страним директним инвестицијама за период од 2010. до 2023. године које резиденти Србије улажу у ових шест земаља, ни једна од њих се не налази у врху листе (првих 10).¹⁰⁸ Највише је рангирана Италија и то са 64,44 милиона евра, што чини 2,07% од укупног износа инвестиција. Податак се мења ако се посматра само период након економске кризе изазване вирусом COVID-19, тј. од 2021. до 2023. године, где се поново издваја само Италија, али са учешћем од 7,31%, односно апсолутним износом од 46,48 милиона евра инвестиција. Када су у питању инвестиције нерезидената ових шест

106 Закон о потврђивању Мултилатералне конвенције за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 3/2018.

107 *OECD/G20* (20166), 54.

108 Доступно на адреси: https://www.nbs.rs/sr/drugi-nivo-navigacije/statistika/platni_bilans/, 18. 7. 2024.

земаља у Србији, у периоду од 2010. до 2023. године издваја се Немачка, на петом месту и износом од 2.775,98 милиона евра што чини 7,15% укупних инвестиција, док износ инвестиција из Италије није у првих 10 земаља са 1.054,83 милиона евра, тј. 2,72%. Посматрајући период од 2021. до 2023. године, подаци се у овом погледу не мењају значајно, будући да Немачка поново заузима пето место са 870,73 милиона евра, тј. 6,78%, док износ инвестиција из Италије значајно опада (на 0,53%). Може се закључити да недостатак одредбе о избегавању двоструког економског опорезивања у односима са ових шест земаља има највећи утицај у односима са Немачком, присутан (али доста мањи) у односима са Италијом, док је у односима са остале четири земље занемарљив. У табели бр. 4 исказан је преглед пореских уговора Србије и ефеката Мултилатералне конвенције по питању примене кореспондирајуће корекције.

Табела 4
Примена одребе о кореспондирајућој корекцији пореским уговорима Србије

Редни број	Уговорна страна	Датум закључена уговора	Датум ступања на снагу	Да ли порески уговор садржи одредбу о кореспондирајућој корекцији?	Да ли је уговорна страна потписница Мултилатералне конвенције?	Да ли примена Мултилатералне конвенције уводи одредбу о кореспондирајућој корекцији?	Коначни ефекат – да ли се примењује одредба о кореспондирајућој корекцији?	Напомена
1	Азербејџан	13. 5. 2010.	1. 12. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
2	Албанија	22. 12. 2004.	17. 11. 2005.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
3	Аустрија	7. 5. 2010.	17. 12. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
4	Белгија	21. 11. 1980.	26. 5. 1983.	не	јесте	да	да	-
5	Белорусија	30. 1. 1998.	24. 11. 1998.	да	није	одредба је већ постојала	да	-
6	Босна и Херцеговина	26. 5. 2004.	2. 6. 2005.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
7	Бугарска	14. 12. 1998.	10. 1. 2000.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
8	Вијетнам	1. 3. 2013.	18. 10. 2013.	не	јесте	не	не	уговорна страна је резервисала право прописано чл. 17 ст. 3 тач. (б)
9	Гана	25. 4. 2000.	-	да	није	одредба је већ постојала	не	уговор још није потврђен у Гани, Србија га је ставила на листу обухваћених пореских уговора

Улога кореспондирајуће корекције добити

10	Гвинеја	22. 10. 1996.	-	да	није	одредба је већ постојала	не	уговор још није потврђен у Гвинеји, Србија га је ставила на листу обухваћених пореских уговора
11	Грузија	4. 4. 2012.	9. 1. 2013.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
12	Грчка*	25. 6. 1997.	8. 6. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
13	Данска	15. 5. 2009.	24. 12. 2009.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
14	ДНР Кореја	25. 12. 2000.	5. 6. 2001.	да	није	одредба је већ постојала	да	-
15	Египат	31. 7. 2005.	5. 4. 2006.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
16	Естонија	25. 9. 2009.	14. 6. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
17	Зимбабве	19. 10. 1996.	-	да	није	одредба је већ постојала	не	уговор још није потврђен у Зимбабвеу, Србија га је ставила на листу обухваћених пореских уговора
18	Израел	22. 11. 2018.	25. 10. 2019.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	уговор је закључен након иницијалног достављања листе обухваћених пореских уговора Депозитару, ни Србија ни Израел нису ставиле једна другу на листу
19	Индија	8. 2. 2006.	23. 9. 2008.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
20	Индонезија	28. 2. 2011.	13. 12. 2018.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-

21	Иран	7. 12. 2004.	16. 12. 2011.	да	није	одредба је већ постојала	да	-
22	Ирска	23. 9. 2009.	16. 6. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
23	Италија	24. 2. 1982.	3. 7. 1985.	не	јесте	не	не	уговорна страна се определила за опцију из чл. 17 ст. 4
24	Јапан	21. 7. 2020.	5. 12. 2021.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	уговор је закључен након иницијалног достављања листе обухваћених пореских уговора Депозитару, ни Србија ни Јапан нису ставиле једна другу на листу
25	Јерменија	10. 3. 2014.	3. 11. 2016.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
26	Казахстан	28. 8. 2015.	24. 11. 2016.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
27	Канада	27. 4. 2012.	31. 10. 2013.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
28	Катар	2. 10. 2009.	9. 12. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
29	Кина	21. 3. 1997.	1. 1. 1998.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
30	Кипар	29. 6. 1985.	8. 9. 1986.	не	јесте	да	да	-
31	Кувајт	2. 4. 2002.	8. 5. 2003.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
32	Летонија	22. 11. 2005.	19. 5. 2006.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-

Улога кореспондирајуће корекције добити

33	Либија	12. 11. 2009.	8. 6. 2010.	да	није	одредба је већ постојала	да	-
34	Литванија	28. 8. 2007.	12. 6. 2009.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	Србија није уврстила Литванију приликом резервисања права у складу са чл. 17 ст. 3 тач. (а) иако овај уговор садржи описану одредбу
35	Луксембург	15. 12. 2015.	27. 12. 2016.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
36	Мађарска	20. 6. 2001.	13. 12. 2002.	не	јесте	да	да	-
37	Македонија	4. 9. 1996.	22. 7. 1997.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
38	Малезија	24. 4. 1990.	13. 12. 1990.	не	јесте	не	не	уговор престао да се примењује од 1. 1. 2019.
39	Малта	9. 9. 2009.	16. 6. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
40	Мароко	6. 6. 2013.	19. 4. 2022.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
41	Молдавија	9. 6. 2005.	23. 5. 2006.	да	није	одредба је већ постојала	да	-
42	Немачка	26. 3. 1987.	3. 12. 1988.	не	јесте	не	не	уговорна страна није уврстила Србију у своју листу обухваћених пореских уговора
43	Норвешка	7. 6. 2015.	18. 12. 2015.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
44	Пакистан	21. 5. 2010.	21. 10. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-

45	Палестина	27. 4. 2012.	-	да	није	одредба је већ постојала	не	уговор још није потврђен у Палестини, Србија га је ставила на листу обухваћених пореских уговора
46	Пољска	12. 6. 1997.	17. 6. 1998.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
47	Република Кореја	22. 1. 2016.	17. 11. 2016.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
48	Румунија	16. 5. 1996.	1. 1. 1998.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
49	Русија	12. 10. 1995.	9. 7. 1997.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
50	Сан Марино	16. 4. 2018.	8. 10. 2018.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	уговор је закључен након иницијалног достављања листе обухваћених пореских уговора Депозитару, ни Србија ни Сан Марино нису ставиле једна другу на листу
51	Сингапур	26. 2. 2021.	16. 8. 2021.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	уговор је закључен након иницијалног достављања листе обухваћених пореских уговора Депозитару, ни Србија ни Сингапур нису ставиле једна другу на листу
52	Словачка	26. 2. 2001.	15. 10. 2001.	не	јесте	да	да	-
53	Словенија	11. 6. 2003.	31. 12. 2003.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
54	Тунис	11. 4. 2012.	3. 6. 2013.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-

Улога кореспондирајуће корекције добити

55	Турска	12. 10. 2005.	10. 8. 2007.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
56	Уједињени Арапски Емирати	13. 1. 2013.	2. 7. 2013.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
57	Уједињено Краљевство	6. 11. 1981.	16. 9. 1982.	не	јесте	да	да	-
58	Украјина	22. 3. 2001.	29. 11. 2001.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
59	Финска	8. 5. 1986.	18. 12. 1987.	не	јесте	да	да	-
60	Француска	28. 3. 1974.	1. 8. 1975.	не	јесте	да	да	-
61	Холандија	22. 2. 1982.	6. 2. 1983.	не	јесте	да	да	-
62	Хонг Конг	27. 8. 2020.	30. 12. 2020.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	уговор је закључен након иницијалног достављања листе обухваћених пореских уговора Депозитару, ни Србија ни Хонг Конг нису ставиле једна другу на листу
63	Хрватска	14. 12. 2001.	22. 4. 2004.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
64	Црна Гора	20. 7. 2011.	21. 12. 2011.	да	није	одредба је већ постојала	да	-
65	Чешка Република**	11. 11. 2004.	27. 6. 2005.	не	јесте	не	не	уговорна страна је резервисала право прописано чл. 17 ст. 3 тач. (б)
66	Швајцарска	13. 4. 2005.	5. 5. 2006.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	уговорна страна није уврстила Србију у своју листу обухваћених пореских уговора

67	Шведска	18. 6. 1980.	16. 12. 1981.	не	јесте	не	не	уговорна страна није уврстила Србију у своју листу обухваћених пореских уговора
68	Шпанија	9. 3. 2009.	28. 3. 2010.	да	јесте	одредба је већ постојала	да	-
69	Шри Ланка	7. 5. 1985.	22. 3. 1986.	не	није	не	не	-

*11. 11. 2008. је потписан и Протокол, а ступио је на снагу 8. 6. 2010.

** 8. 9. 2009. је потписан и Протокол, а ступио је на снагу 28. 2. 2011.

Србија још није усвојила, нити најавила, измене националног законодавства по питању правила из Другог стуба. За сада њихов утицај може утицати на обвезнике у Србији уколико су у власништву великих страних компанија, резидената земаља које су имплементирале ова правила у своје законодавство (пре свега правило о укључивању дохотка). Законска стопа пореза на добит у Србији је 15%, тј. једнака је минималној стопи из Другог стуба. Ипак, до ниже ефективне стопе може доћи нпр. коришћењем погодности или неусаглашеноћу основице са *GloBE* дохотком. Порески подстицаји у великом броју случајева нису примарни мотив за инвестирање у Србији. Уместо њих, значајан фактор могу бити једнократна државна давања (нпр. Развојне агенције Србије) или повољнији тржишни услови (нижа цена рада, расположивост осталих ресурса, међународни односи Србије...). Може се закључити да ће инвеститори који су били подстакнути непореским мотивима вероватно у мањој мери бити погођени мерама Другог стуба, док ће инвеститори који су се водили пореским мотивима бити значајније погођени. Овде се издваја један порески подстицај – онај који се односи на улагање у основна средства за обављање делатности и запошљавање новозапослених лица. Он је фокусиран на процентуално умањење пореске обавезе, а имајући у виду високо постављене прагове за остварење права на овај подстицај (1.000.000.000 динара улагања у основна средства и 100 новозапослених лица), претпоставка је да ће мала група обвезника Србије, средњих и великих правних лица чланица великих међународних група повезаних лица, значајно бити погођена усвајањем мера предвиђених Другим стубом. Ипак, оно што Србија може да уради како би задржала пореске приходе настале на њеној територији (који ће евидентно бити прикупљени, само је питање од стране које јурисдикције), је фокусирање на усвајање правила о квалификованом домаћем минималном доплатном порезу.

Посматрајући стране директне инвестиције нерезидената у Србији, у периоду од 2010. до 2023. године, 5 земаља је инвестирало 52,09% од укупних инвестиција. То су Холандија, Кина, Аустрија, Русија и Немачка. Уколико посматрамо послење три године то су Кина, Холандија, Велика Британија, Швајцарска и Немачка са укупно 59,64% од укупних инвестиција. Од свих њих, само Кина и Русија до сада нису усвојиле правило о укључивању дохотка. То може значити да ће новоуведене мере обесмислити напоре земаља у развоју, као што је Србија, да пореским подстицајима привуку страни капитал, те да се у контексту остварења овог циља земље у развоју требају окренути пружању уступака у другим областима.

VI Закључак

Од свих врста корекција које настају по основу примене принципа „ван дохвата руке“, чини се да је кореспондирајућа корекција изазвала значајан број „главобоља“ у својој примени. Иако је већ више од пола века била предмет регулације од стране међународних организација као што су *OECD*, УН и ЕУ, као и од стране појединих земаља, и даље ови предмети захтевају изузетно административно и временско ангажовање ради решавања спорова. „Упркос практичном значају корекција по основу трансферних цена у међународном пореском праву, многи детаљи су и даље далеко од хармонизације међу различитим јурисдикцијама.“¹⁰⁹ Најистакнутије решење се огледа у поступку заједничког договарања, а будући да он има своје мане, као алтернативе се предлажу арбитража, *APA* аранжмани тамо где су примењиви, а чак је и примарно право ЕУ било разматрано као једно од решења. Дас препоручује „двоструки механизам за гарантовање ослобођења у случајевима корекција по основу трансферних цена, нпр. аутоматски механизам сличан методу за отклањање двоструког правног опорезивања из чл. 23 Модел-конвенције *OECD*, као и поступак заједничког договарања у складу са чл. 25.“¹¹⁰ Масимиано (*Massimiano*) и Севери (*Severi*), с друге стране, успех процедуре везују за стварни начин имплементације норми од стране пореских органа.¹¹¹ Консензус постоји када је у питању примена примарног права ЕУ као алтернативе за решавање спорова, јер и Сум¹¹² и Бурјак и Петруци¹¹³ правдају дискриминаторни карактер корекција вишим интересом. Чанд (*Chand*), Дамџи (*Damji*) и Романовска (*Romanovska*) оцењују да би билатерални или мултилатерални *APA* аранжмани могли играти истакнуту улогу.¹¹⁴ И Солилова указује на могућност коришћења овог инструмента као превентивног алата,¹¹⁵ али и наводи његове мане које се огледају у немогућности вршења кореспондирајуће корекције у случају да је националним законодавством предвиђена искључиво обавезујућа природа овог споразума – у питању је немогућност поновног тестирања у складу са принципом „ван дохвата руке“.¹¹⁶ Закључак је да фокус

109 N. Burkhalter-Martinez, J. Roy-Stämpfli, 327.

110 P. Das, 21.

111 A. Massimiano, M. Severi, 74.

112 A. Soom, 103.

113 S. Buriak, R. Petruzzi, 62.

114 Vikram Chand, Salim Damji, Kinga Romanovska, „Permanent Establishment under the Pillars: The Relevance of a Transfer Pricing Analysis“, *Analysis and Studies CASP*, Vol. 15, Nr. 1/ 2023, 37.

115 V. Solilova, 402.

116 V. Solilova, M. Steindl, 135.

пореских власти треба бити усмерен на ефикаснију примену већ увојених мера, као и на разматрање увођења могућности закључења билатералних АРА аранжмана.

BEPS иницијатива представља „раскидање спона са прошлошћу, које је било предлагано 25 година, али до сада није изазвало много пажње.“¹¹⁷ Потребу за овим решењима потврђују и статистички подаци који показују тенденцију пада законске и ефективне пореске стопе, као и неподударање локације где је доходак пријављен и локације где се одвија економска делатност, што указује на BEPS активности.¹¹⁸ Наваро закључује да укључивање одредбе о кореспондирајућој корекцији у Мултилатералну конвенцију „решава дугогодишњи проблем земаља које су нерадо разматрале економско двоструко опорезивање у оквиру поступка заједничког договарања.“¹¹⁹ Ипак, у литератури се указује на одређене елементе и недостатке Мултилатералне конвенције и осталих активности Инклузивног оквира о чијој природи може да се дискутује: да ли су клаузуле о компатибилности уопште потребне имајући у виду могућност примене општих правила (као што је *lex posterior*), каква је улога изузимајуће клаузуле, да ли се тежи умањењу улоге принципа „ван дохвата руке“, да ли су се земље у развоју до сада укључиле у толикој мери да новоуспостављена решења одражавају и њихове интересе? Већина ових питања су у научној литератури и даље отворена и могу бити предмет будућих истраживања, стога Гекиер, Франсенс, Де Бејтс и Верлинден истичу да „Рим није изграђен за дан, те вероватно не би било поштено очекивати да све потенцијалне неправилности при имплементацији буду решене одмах.“¹²⁰

Положај великог броја актера српске економије се у погледу примене кореспондирајуће корекције може окарактерисати као завидан. Постојање ове одредбе у највећем делу пореских уговора Србије резултује малом вероватноћом за присуством економског двоструког опорезивања у међународним односима са повезаним лицима (под условом да се прописане одредбе и примене), чиме је подстакнуто инвестирање у иностране ентитете, као и инвестирање иностраних ентитета у домаће. Изузетак представљају односи са Немачком и у блажој мери са Италијом, пошто се њихова заступљеност високо котира у страним директним инвестицијама, а порески уговори са ове

117 Reuven S. Avi-Yonah, Young Ran, Karen Sam, „A new Framework for Digital Taxation“, *University of Michigan Law School Scholarship Repository, Law & Economics Working Papers*, 2022, 71.

118 OECD (2023a).

119 A. Navaro, 817.

120 J. Ghekiere *et al.*, 223.

две земље не садрже клаузулу о кореспондирајућој корекцији. Највећи број земаља са врха листе инвестиција нерезидената у Србији је до сада усвојио правила Другог стуба у свом националном законодавству. Овом чињеницом ће значајно бити угрожен део страних инвеститора постављених пореским мотивима да послују у Србији. У 2023. години је у Србији пословало 110.808 привредних друштава, од чега је 598 великих и 2.328 средњих,¹²¹ док је у 2022. години укупан број страних подружница био тек 1,4% од укупног броја субјеката.¹²² Имајући у виду један од најзначајнијих фактора у српском пореском праву који може утицати на снижену ефективну пореску стопу, подстицај за улагање у основна средства и запошљавање нових лица и његове високо постављене границе, као и границу од 750 милиона евра за примену правила Другог стуба, може се извести закључак да ће њима бити изложен мањи број субјеката. Ипак, за њих овај ефекат може бити материјално значајан. Поред овог подстицаја, остали елементи српског пореског права углавном теже повећању ефективне стопе (нпр. непризнавање појединих врста расхода), али има и оних који је могу умањити (нпр. накнадно признавање расхода из претходних периода, подстицај по основу улагања у новоосновано привредно друштво које обавља иновациону делатности, итд.), те се може десити да одређени број обвезника буде погођен и по основу примене тих елемената.

Може се закључити да Србија заостаје за другим правним системима, како по питању примене норми које је већ усвојила у свом законодавству (одредбе о кореспондирајућој корекцији), тако и по питању усвајања решења из Два стуба. Први проблем се може решити улагањем у људске ресурсе пореских власти (и у квантитативном и у квалитативном смислу) како би се оно што је прописано заиста и применило. Када су у питању решења из Два стуба, предлог за Србију, као земљу у развоју, је фокусирање на усвајање правила о квалификованом домаћем минималном доплатном порезу, пре него на остала правила, како би се прикупио што већи део доплатног пореза уколико је евидентно да ће он свакако бити наметнут одређеном броју субјеката, само је питање од стране које јурисдикције.

121 Доступно на адреси: <https://www.apr.gov.rs/инфоџрафике.4318.html?infoId=164>, 16. 11. 2024.

122 Доступно на адреси: <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/strukturne-poslovne-statistike>, 16. 11. 2024.

Коришћена литература

- Avi-Yonah Reuven S. *et al.*, „A new Framework for Digital Taxation“, *University of Michigan Law School Scholarship Repository, Law & Economics Working Papers*, 2022.
- Avi-Yonah Reuven S., „Double Tax Treaties: An Introduction“, 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1048441>, 21. 7. 2024.
- Buriak Svitlana, Petruzzi Raffaele, „Transfer Pricing Rules under the ECJ’s Scrutiny: Green Light for Non-Arm’s Length Transactions?“, *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2018.
- Burkhalter-Martinez Natassia, Roy-Stämpfli Jeanne, „Primary, Corresponding and Secondary Transfer Pricing Adjustments“, *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2024.
- Ghekiere Joni *et al.*, „Navigating the Transfer Pricing Pitfalls and Opportunities of Pillar Two: Part 1 – Transfer Pricing Adjustments“, *International Transfer Pricing Journal*, July/Avgust 2024.
- Govind Sriram, Pistone Pasquale, „The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument“, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects* (eds. Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018.
- Das Pitambar, „Corresponding Adjustment and Its Interaction with the Mutual Agreement Procedure under Article 25 of the OECD Model“, *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2019.
- Knechtle A. Arnold, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Deventer, 1979.
- Lang Michael, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 2nd edition, Wien, 2013.
- Lennard Michael, „The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Tax Convention – Current Points of Difference and Recent Developments“, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, January/February 2009.
- Massimiano Aurelio, Severi Mirko, „The New Italian Transfer Pricing Provision Concerning Unilateral Corresponding Adjustments“, *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2019.
- Navaro Aitor, „The Multilateral Instrument (MLI) and Transfer Pricing“, *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, No. 2024–01/2021.

- Obando Roberto Ramos, Reservations and Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument: Overcoming New Interpretative Challenges, 2017, доступно на адреси: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8910772&fileId=8910773>, 21. 7. 2024.
- Поповић Дејан, *Пореско право*, 21. издање, Београд, 2022. (Popović Dejan, *Poresko pravo*, 21. izdanje, Beograd, 2022)
- Поповић Дејан, Илић Попов Гордана, „Значај и ефекти BEPS Мултилатералне конвенције у међународном пореском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75/2017. (Popović Dejan, Ilić Popov Gordana, „Značaj i efekti BEPS Multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 75/2017)
- Поповић Дејан, Илић Попов Гордана, „(Не)извесна будућност кредита за уштеђен порез у међународном пореском уговорном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2022. (Popović Dejan, Ilić Popov Gordana, „(Ne)izvesna budućnost kredita za ušteđen porez u međunarodnom poreskom ugovornom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/2022)
- Riccardi Andrea, „Implementing a (global?) minimum corporate income tax: an assessment of the so-called „Pillar Two“ from the perspective of developing countries“, *Nordic Journal on Law and Society*, Vol. 4, Nr. 1/2021.
- Sandler Daniel, Watzinger Lisa „Disputing Denied Downward Transfer-Pricing Adjustments“, *Canadian Tax Journal*, Vol. 67, Nr. 2/2019.
- Solilova Veronika „Practical Application of Art. 9 OECD Model Convention: The Czech Republic“, *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis*, Vol. 62, Nr. 2/2014.
- Solilova Veronika, Steindl Marlies, „Tax Treaty Policy on Article 9 of the OECD Model Scrutinized“, *Bulletin for International Taxation*, March 2013.
- Soom Annika, „Does the European Union Primary Law Require Member States to Make Corresponding Adjustments?“, *EC Tax Review*, Nr. 2/2020.
- Falendysh Andrii, Secondary Transfer Pricing Adjustments: Interpretation Challenges within the EU and International Perspectives, Lund, 2021, доступно на адреси: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9049394&fileId=9050967>, 21. 7. 2024.
- Hadari Yitzak, „Compulsory Arbitration in International Transfer Pricing and Other Double Taxation Disputes“, 2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1483621>, 21. 7. 2024.

- Harmse LH, Alternatives for the treatment of secondary transfer pricing adjustments in South Africa, 2014, доступно на адреси: https://dspace.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/13333/Harmse_LH.pdf;jsessionid=8939576FDC6D10927F28F94FAD7E9EE8?sequence=1, 21. 7. 2024.
- Hugger Felix, González Cabral Ana Cinta, Bucci Massimo, Gesualdo Maria, O'Reilly Pierse, „The Global Minimum Tax and the Taxation of MNE profit“, *OECD Taxation Working Papers*, No. 68, OECD Publishing, Paris, 2024, доступно на адреси: https://www.oecd.org/en/publications/2024/01/the-global-minimum-tax-and-the-taxation-of-mne-profit_2c3d9f9d.html, 21. 7. 2024.
- Chand Vikram, Turina Alessandro, Romanovska Kinga, „Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the various challenges“, *World Tax Journal*, Nr. 4/2022.
- Chand Vikram *et al.*, „Permanent Establishment under the Pillars: The Relevance of a Transfer Pricing Analysis“, *Analysis and Studies CASP*, Vol. 15, Nr. 1/2023.

Maša ILIĆ

PhD student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE ROLE OF CORRESPONDING ADJUSTMENT IN INTERNATIONAL AND IN SERBIAN TAX LAW

Summary

The role of corresponding adjustment in international tax law is to eliminate economic double taxation, so the aim of the research is to identify its regulation in international and in Serbian law, as well as to propose solutions to identified issues. A comparative method was used to analyze international regulations (OECD and UN Model conventions, EU regulation, BEPS initiative), with a focus on application issues and its relationship with current changes. Special attention was given to the relationship between corresponding adjustment and the Income Inclusion Rule contained in Pillar Two. The position of Serbia was also reconsidered, considering foreign direct investments in the context of applying the corresponding adjustment clause in tax treaties, concluding its favorable position, as well as an assessment of Serbian legislation in relation to Pillar Two, where proposal was made to focus on implementing Qualified Domestic Minimum Top-up Tax. The results highlighted disadvantages in the adopted solutions, especially in the mutual agreement procedure, and in the recently adopted solutions, for which there is no consensus in the literature.

Key words: *Corresponding Adjustment. – Economic Double Taxation. – Arm's Length Principle. – Transfer Pricing. – Pillar Two.*

Датум пријема рада: 22. 7. 2024.

Датум исправке рада: 18. 11. 2024.

Датум прихватања рада: 10. 12. 2024.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Предати радови треба да одговарају стандардима научног рада у погледу обима и научне апаратуре. Стандардан обим рада је 1 ауторски табак (16 куцаних страна), односно максимално 1,5 ауторски табак (24 куцане стране). Радови се пишу фонтом *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, који се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италиком).

Чланак мора да на почетку садржи наслов, пуно презиме и име (свих) аутора, пун (званични) назив и седиште (укључујући и државу) институције у којој је аутор запослен. У напомени на дну прве странице наводи се е-адреса (свих) аутора.

Рад мора да садржи сажетак (апстракт), са основним циљевима истраживања, методама, резултатима и закључцима рада. Сажетак треба да има до 150 речи.

Након сажетка рад мора да има кључне речи које најбоље описују садржај чланка за потребе индексирања и претраживања. Број кључних речи не може бити већи од 5.

Рад мора да садржи листу референци (литература) која обухвата библиографске изворе (чланке, монографије и сл.) и даје се искључиво у засебном одељку након текста. Референце се наводе на доследан начин, према азбучном редоследу презимена аутора, како гласе у оригиналу. Референце изворно објављене на ћирилици се тако и наводе, уз латиничну верзију у загради.

Рад мора да има сажетак и кључне речи и на енглеском језику. Резиме и кључне речи се дају на крају чланка, након одељка Литература.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминологија у уредном праву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *redakcija@pravoprivreda.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Аутор предајом текста изјављује да текст није објављен или прихваћен за објављивање, да представља резултат сопствених истраживања и да се њиме не вређају права интелектуалне својине нити друга права трећих лица. Аутори су дужни да поступају у складу са правилима научне методологије у погледу цитирања туђих извора и навода.

Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Поступак рецензирања подразумева двоструку анонимну рецензију.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поседу*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска групова, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушџва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

- д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

- ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени њласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени њласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetz-buch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financialmarkets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21. 10. 2008, 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Татјана Јевремовић Петровић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993)– .
– Београд : Удружење правника у привреди Републике Србије : Правни факултет Универзитета у Београду, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002. – Друго издање на другом медијуму:
Право и привреда (Online) = ISSN 2683-5592

ISSN 0354-3501 = Pravo i privreda

COBISS.SR-ID 101774343

Часопис *Право и привреда* излази од 1993. године као наставак часописа *Привредно правни приручник* који је излазио од 1963. године.

У часопису се објављују оригинални научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука и прикази књига. Од 2020. године часопис излази и у електронској форми (eISSN 2683-5592).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује редакција.

Изнесени ставови у објављеним радовима не изражавају ставове уредника и чланова редакције часописа. Аутори преузимају правну и моралну одговорност за идеје изнесене у својим радовима. За те ставове редакција не одговара.

Претплата за 2025. годину

- правна лица 12.000 динара
- физичка лица . . . 6.000 динара
- иностранство . . . 100 САД долара

Претплата се врши на текући рачун

Удружења правника у привреди Србије

број: 205-174837-56, НЛБ Комерцијална банка а.д.,

уз назнаку:

Претплата за часопис „Право и привреда“

У ОВОМ БРОЈУ ИЗДВАЈАМО:

Aleksandar Jakšić, Stefan Jovanović

The FIDIC DAB: Legal Nature, Effects and Interaction with Arbitration Agreement

Сања Марјановић, Ивана Симоновић

Траст – заједнички изазов грађанског материјалног права и међународног приватног права Републике Србије

Марко Јовановић

Прилог тумачењу члана 39 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе

Никола Милосављевић

Потенцијални елементи индустријског дизајна који нису обухваћени законском дефиницијом

Milena Mitrović

Materiality Concept(s) in the EU Sustainability (Non-Financial) Reporting: The Challenge of Equivalence