

# Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

## PRAVO I SNAGA UMNOSTI

POSVEĆENO OSNIVAČU KOPAONIČKE  
ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA AKADEMIKU  
PROF. DR SLOBODANU PEROVIĆU



32

godina kopaoničke škole prirodnog prava  
– Slobodan Perović

**UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE**

**BROJ 11 • BEOGRAD • 2019 • TOM III**

32  
godina



---

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

# PRAVNI ŽIVOT

---

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

---

*»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.*

*Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.*

*Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.*

*Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975), dr Milan Petrović (1975–1980), Akademik prof. dr Slobodan Perović (1980–2019).*

---

Broj 11/2019 / Godina LXVIII / Knjiga 617

1–700

---

**B e o g r a d**

*Glavni i odgovorni urednik*  
DOBROSAV MILOVANOVIĆ

*Glavni urednik tematskog broja*  
JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović

*Redakcija*

Miodrag Orlić, Slobodan Perović †  
Ratomir Slijepčević

*Izdavački savet*

Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,  
Slobodan Perović †, Dragoljub Petrović,  
Gordana Stanković, Miroslav Varićak

*Uređivački odbor tematskog broja*

Prof. dr Miroslav Đorđević, Prof. dr Đorđe Đorđević, dr Hajrija Mujović, mr Gordana Petković,  
Prof. dr Edita Kastratović, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić Jančić, Prof. dr Dragoljub  
Kavran, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Prof. dr Miodrag Orlić,  
Prof. dr Dragor Hiber, Vladimir Todorović, Prof. dr Gordana Ilić Popov, Prof. dr Mirko Vasiljević,  
dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, dr Thomas Meyer,  
dr Nataša Hadžimanović, dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Vitomir Popović, dr Nataša Petrović  
Tomić, Prof. dr Vladimir Čolović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić,  
Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Nebojša Šarkić, Prof. dr Rodoljub Etinski, Prof. dr Radovan  
Vukadinović, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov

*Izdavač*

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE, Beograd, Krunska 74  
Tel. 244-69-10, E-mail: upj@EUnet.rs

*Lektura i korektura*  
Slobodan Tornjanski

*Kompjuterska obrada i prelom teksta*  
Javorina Beker

Pretplata za 2019. godinu iznosi: za fizička lica – 8.000 RSD, za pravna lica – 16.000 RSD,  
za inostranstvo – 300 eura, Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17

Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

*Štampa: FUTURA, Petrovaradin*

---

Svaki rad objavljen u tematskom broju recenziran je od strane dva recenzenta. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom časopisu lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni

TREĆA KATEDRA

**PRAVO  
NA IMOVINU**

**Porezi – Privredna društva – Osiguranje  
– Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža – Radni odnosi  
– Banke i bankarski poslovi**



# Porezi

GORDANA ILIĆ POPOV

## PORESKA ADMINISTRACIJA I PORESKI OBVEZNIK U PORESKOM POSTUPKU: “SUPARNICI” ILI “SARADNICI”

*U poreskoppravnom odnosu stranke nisu ravnopravne, jer aktivna strana istupa sa pozicija države, te postoji suprotstavljenost njihovih interesa. Međutim, autorka u radu nastoji da dokaže hipotezu da je neophodna saradnja oba učesnika tog odnosa – i poreskog organa i poreskog obveznika– kako bi se ostvario cilj radi kojeg je ustanovljen poreski odnos, a to je naplata poreza i obezbeđenje fiskalnog interesa države, koji omogućava njeno nesmetano funkcionisanje i finansiranje javnih rashoda. U tom smislu, ukoliko poreska administracija želi da efikasnije ostvari taj cilj i da u poreskim obveznicima ima “saradnike“, ona mora da poštuje njihova osnovna prava garantovana Ustavom. Opravdana očekivanja postoje sa obe strane – poreski obveznik očekuje da će poreska administracija od njega da traži samo one informacije koje su relevantne za oporezivanje, dok poreski organ od poreskog obveznika očekuje odgovorno i razumno ponašanje u njegovoj poreskoj stvari. Autorka smatra da efikasnost i efektivnost poreskog sistema zavise od ponašanja i poreske administracije i poreskih obveznika. Ona ukazuje na različite faze poreskog postupka (utvrđivanje poreza, naplata poreza i poreska kontrola), u kojima je njihov “zajednički rad” posebno značajan.*

*Ključne reči: poreska administracija, poreski organ, poreski odnos, poreski postupak, prava poreskih obveznika*

### U V O D

Stranke u poreskom odnosu su, s obzirom na to da je porez javnopravni javni prihod, u pravno nejednakom položaju, jer je država, koja je u ulozi poreskog poverioca, nosilac poreske vlasti. Sloboda volje, oličena u pravu da njen za-

---

Dr Gordana Ilić Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

konodavni organ donosi poreske zakone u odgovarajućoj proceduri, postoji, dakle, samo za državu. Glavna obaveza koja proističe iz poreskog zakona za pasivnu stranu je da plati porez i eventualna sporedna poreska davanja (kamata po osnovu dospelog, a neplaćenog poreza i troškovi postupka prinudne naplate poreza). Pored države i autonomnih institucija,<sup>1</sup> aktivna stranka, u delu poreskopavnog odnosa koji se vezuje za poreski upravni odnos, je i poreska administracija, odnosno Poreska uprava, kojoj je zakonom povereno niz nadležnosti (vođenje prvostepenog poreskog postupka, vođenje jedinstvenog registra poreskih obveznika i poresko računovodstvo, procenjivanje tržišne vrednosti nepokretnosti, otkrivanje poreskih krivičnih dela i poreskih prekršaja i njihovih izvršilaca, podnošenje zahteva nadležnom prekršajnom sudu za pokretanje prekršajnog postupka za poreske prekršaje i izdavanje prekršajnih naloga za te prekršaje, i dr.).<sup>2</sup> Mogli bismo reći da je poreska administracija predstavnik države u poreskom odnosu, dok je poreski obveznik potencijalno svaki građanin.

Iako aktivni i pasivni poreski subjekat u poreskom odnosu nisu ravnopravni i interesi im, po prirodi stvari, nisu podudarni, smatramo da su poreski organ i poreski obveznik ipak samo "na različitim stranama jednog istog puta", a taj "put" ima za krajnji cilj obezbeđivanje prihoda za fiskus. Bez finansijskih sredstava država ne može da funkcioniše i u interesu lica koja žive i rade na njenoj teritoriji je da se finansiraju javni rashodi (u zdravstvu, državnoj upravi, sudstvu, obrazovanju, nacionalnoj bezbednosti, i dr.).<sup>3</sup> Iako osećaj pripadnosti zemlji rođenja daje građanima podsticaj da, putem poreza koje plaćaju, doprinesu njenom razvitku,<sup>4</sup> sasvim je prirodan otpor i negodovanje koji su prisutni i kod onih koji sprovode poreske zakone onda kada se nađu u poziciji da treba da plate određeni porez. Reč je o psihološkoj reakciji inherentnoj ljudskoj prirodi, u situacijama kada neko (u slučaju obaveze plaćanja poreza, država) nastoji da umanjí njihovu ekonomsku

<sup>1</sup> Autonomna (parastatalna) institucija na apsolutno ili, češće, relativno samostalan način obavlja javnu delatnost, koja joj je poverena zakonom (fondovi obaveznog socijalnog osiguranja). V. Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, str. 108.

<sup>2</sup> V. čl. 11, st. 1 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018.

<sup>3</sup> V. Victor van Kommer, *Legitimacy of the State and Taxation*, White Papers, IBFD, Amsterdam, November 2009, str. 3-4.

<sup>4</sup> V. Asmita Singh, "Enforcement or Cooperation – An Analysis of the Compliance Psychology of Taxpayers", *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 1/2015.



snagu,<sup>5</sup> odnosno dohodak (ređe imovinu<sup>6</sup>). Ovde mislimo na *bona fide* obveznika, a ne na obveznike koji na nezakonit način nastoje da izbegnu ili umanje porez. Sasvim je jasno da je poreska svest u Srbiji (i ne samo u Srbiji) još uvek daleko od onoga što je svojevremeno izjavio jedan američki sudija, Oliver Vendel Holms: “Volim da plaćam poreze. Porezima kupujem civilizaciju.”

#### OBAVEZE PORESKOG OBVEZNIKA VS. OČEKIVANJA PORESKOG ORGANA

Obe strane u poreskom odnosu imaju svoja legitimna očekivanja i ukoliko smatraju da je njihov interes na bilo koji način ugrožen, odnosno da druga strana postupa protivno njihovim očekivanjima, reagovalaće na određen način.

Poreski obveznik je pravno ili fizičko lice koje je po zakonu obavezno da plati porez.<sup>7</sup> Poreski organ od njega očekuje blagovremeno ispunjenje njegove glavne (imovinske) obaveze. U protivnom, pokrenuće postupak prinudne naplate dugovanog poreza.<sup>8</sup> Zakonom su propisane i druge obaveze poreskog obveznika, kao što su: obaveza da Poreskoj upravi podnese poresku prijavu u propisanom roku, da vodi poslovne knjige i drugu evidenciju, da sâm obračuna porez u situacijama u kojima zakon to propisuje (na primer, za prihode koje primi iz inostranstva) i dr.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006), u čl. 91, st. 2 koristi termin “ekonomska moć”, ali ga mi smatramo neadekvatnim, jer bi mogao bukvalno da se tumači, odnosno da lica slabijeg imovinskog stanja nemaju nikakvu “moć”. Zato smo skloniji da koristimo termin “ekonomska snaga”, koja obuhvata prihode, dohodak i imovinu kojom jedno lice raspolaže.

<sup>6</sup> Imovina je u vrlo retkim situacijama izvor iz kojeg se plaća porez, pošto je ona neobnovljiva i moglo bi da dođe do “iscrpljivanja” njene supstance, za razliku od prihoda, odnosno dohotka. U finansijskoj literaturi ima mišljenja da “ako bi se morala zahvatiti sama supstanca imovine da bi se mogla podmiriti poreska obaveza, bio bi pogoden važan motiv koji obveznike stimuliše da obavljaju neku aktivnost koja donosi prihod – želja da se prihodi akumuliraju i stvori određeno bogatstvo”. V. D. Popović, nav. delo, str. 224–225. “Posezanje” za imovinom kao poreskim izvorom javlja se samo u vanrednim situacijama, kada poreski obveznik ne raspolaže dohotkom iz kojeg može da izmiri svoj poreski dug (na primer, ukoliko na poklon dobije nepokretnost velike vrednosti, a ostvaruje mali prihod, koji mu ne omogućava da iz njega plati porez na poklon, pa odluči da proda tu nepokretnost i kupi drugu manje vrednosti, a od novčane razlike ostvarene prodajom plati porez).

<sup>7</sup> Postoje situacije (na primer, kod poreza po odbitku /eng. *withholding tax*/) kada, umesto poreskog obveznika, porez plaća neko drugo lice, koje je zakonom određeno kao poreski dužnik. Tako je poreski platac (poslodavac, isplatac autorskog honorara i dr.) dužan da, u ime i za račun poreskog obveznika, obračuna i plati porez, ili, pak, poreski jemac (pribavilac prava kod poreza na prenos apsolutnih prava). Moguće je i da ekonomski teret poreza ponese lice koje nije zakonski poreski obveznik, ali koje je po nameri zakonodavca dužno da ga snosi (na primer, teret poreza na dođatu vrednost i akciza se prevađuje na kupca ili korisnika usluge).

<sup>8</sup> V. čl. 77–85a ZPPPA.

<sup>9</sup> V. čl. 25 ZPPPA.

Nije, zapravo, reč samo o “očekivanjima”, već o zakonskim *obavezama* poreškog obveznika. Naime, obveznik je dužan da izvrši propisane radnje davanja (da plati poreski dug), činjenja (da podnese prijavu za registraciju ili poresku prijavu na propisanom obrascu i dr.), nečinjenja (da se uzdrži od priređivanja sportske prognoze, lotoa, tombole i drugih klasičnih igara na sreću, gde država ima fiskalni monopol) i trpljenja (da dopusti uvid u zalihe repromaterijala i proizvoda i dr.). U slučaju neizvršenja tih obaveza, ne samo da će poreski obveznik da bude prekršajno sankcionisan, već će se povećati administrativni troškovi naplate poreza.

Ustavom Republike Srbije je propisano da je “obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika”.<sup>10</sup> Obveznici su, međutim, zaštićeni od arbitrarnosti pri oporezivanju, ne samo kroz princip zakonitosti,<sup>11</sup> nego i na razne druge načine, koji, između ostalog, podrazumevaju zaštitu njihove privatnosti i obezbeđivanje ljudskog dostojanstva, kao osnovnih ljudskih prava.<sup>12</sup>

#### OČEKIVANJA PORESKIH OBVEZNIKA

Poreski obveznici nemaju samo obaveze, već i određena prava.<sup>13</sup> U tom smislu, Bentli (*Bentley*) navodi da su “prava poreskih obveznika prevashodno politička i ljudska prava, koja uspostavljaju ravnotežu sa obavezama koje poreski obveznici imaju prema državi”.<sup>14</sup>

Poreski obveznik opravdano očekuje da plati samo onaj iznos poreza, koji je utvrđen shodno zakonu, kao i da koristi poreske olakšice predviđene zakonom. Njegova je, dakle, obaveza, ali istovremeno i pravo da ne plati ni manje, ali ni više poreza od onog iznosa koji je obračunat prema zakonom propisanim uslovima. Sem toga, pravna sigurnost nalaže da poreski organi konzistentno primenjuju za-

<sup>10</sup> V. čl. 91, st. 2 Ustava Republike Srbije.

<sup>11</sup> *Nullum tributum sine lege*. (Nema poreza bez zakona).

<sup>12</sup> Interesantno je napomenuti da je, na inicijativu Izdavačke kuće naučnog časopisa “Pravo i porezi” (*Oficyna Prawa Polskiego*), Centra za dokumentaciju i poreske studije (*Centrum Dokumentacji i Studiów Podatkowych*) i nacionalne Komore poreskih savetnika (*Krajowa Izba Doradców Podatkowych*) u Poljskoj, počev od 2008. godine, ustanovljen Dan zaštite prava poreskih obveznika. V. Bogumil Brzeziński, Beata Chanowska-Dymlang, “Declaration of Taxpayer Rights”, *European Taxation*, 8/2014, str. 363.

<sup>13</sup> Vid. više: Cécile Brokelind, “The Role of the EU in International Tax Policy and Human Rights: Does the EU need a policy on taxation and human rights?”, *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (eds. Georg Kofler, Miguel Poiars Maduro, Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2011, str. 115-119. Vid. takođe: Luca Cerioni, “European Union – The Possible Introduction of a European Taxpayer Code: Objective and Potential Alternatives”, *European Taxation*, Vol. 54, 9/2014.

<sup>14</sup> V. Dancan Bentley, *Taxpayers’ Rights: Theory, Origin and Implementation*, Kluwer Law International, 2007, str. 16.

konske i podzakonske propise, kao i da rešenja i drugi poreski (upravni) akti koje donose budu transparentni i u skladu sa zakonom, što, posmatrano u širem kontekstu, obezbeđuje kvalitet ukupnog pravnog sistema. Od poreskog organa se ne samo očekuje, već i zahteva da, prilikom rešavanja poreske stvari bilo kojeg poreskog obveznika, bude nezavistan od političkih i svih drugih uticaja, jer bi oni ozbiljno doveli u pitanje nepristrasnost i objektivnost njegovog rada.

Poreski obveznik legitimno očekuje da se poreska administracija prema njemu odnosi sa poštovanjem i uvažavanjem.<sup>15</sup> On smatra da država ima obavezu da obezbedi bolji kvalitet javnih dobara, s obzirom na to da, plaćajući poreze, svojim sredstvima doprinosi budžetu.<sup>16</sup> Obveznik očekuje zaštitu svojih podataka (osim ukoliko on sâm nije dao pismenu saglasnost da se neki podatak objavi), kao i da se oni koriste isključivo u svrhe propisane zakonom, odnosno da poreski organ ne traži od njega podatke koji nisu relevantni za utvrđivanje poreza (na primer, podatak o bračnom statusu, i sl.). U isto vreme, poreski obveznik ima pravo da ostvari uvid u svoje podatke, kojima raspolaže poreska administracija i ukoliko primeti da neki podatak nije tačan ili je nepotpun može da od poreskog organa zatraži njegovu izmenu ili dopunu.

Poreski obveznik treba da očekuje da će poreski organ nastojati da otkrije nezakonito i nelegitimno izbegavanje poreza,<sup>17</sup> što ne isključuje obveznikovu mogućnost da preduzima postupke koji su opravdani sa stanovišta očuvanja njegovih finansijskih i ekonomskih interesa (na primer, da odustane od potrošnje nekih oporezovanih dobara), ali vodeći, pri tome, računa da se kreće u granicama zakona, odnosno da transakcijama koje preduzima ne izigra, odnosno ne zloupotrebi cilj koji je zakonodavac imao u vidu prilikom donošenja zakona, jer tada vrlo lako može da pređe na teren nelegitimne poreske evazije.<sup>18</sup>

## PREDUSLOVI ZA SARADNJU

Kako poreski odnos ne bi bio tretiran isključivo kao “odnos dve suprotstavljene strane”, potrebno je da postoji poverenje poreskih obveznika u poresku ad-

---

<sup>15</sup> V. čl. 24, st. 1, tač. 3 ZPPPA.

<sup>16</sup> V. B. Brzeziski, “Taxpayers’ Rights: Some Theoretical Issues”, *Protection of Taxpayer’s Rights: European, International and Domestic Tax Law Perspective* (eds. Włodzimierz Nykiel, Małgorzata Sęk), Wolters Kluwer, Warsaw, 2009, str. 18.

<sup>17</sup> Vid. više: *Guidelines for a Model for A European Taxpayers’ Code*, European Commission, 2016.

<sup>18</sup> Ekonomska suština svake obveznikove transakcije mora da bude u skladu sa zakonom, što je u osnovi *substance over form* doktrine. U srpskom poreskom pravu načelo fakticiteta, između ostalog, uključuje i to da se poreske činjenice utvrđuju prema njihovoj ekonomskoj suštini. V. čl. 9 ZPPPA.

ministraciju. Iako poreski organ, kao organ državne uprave, nastupa sa pozicija vlasti, on ne sme da bude u povlašćenom položaju, odnosno ne sme da ima bilo kakvu prednost u odnosu na poreskog obveznika. I poreski obveznik, i poreski organ treba da imaju mogućnost da koriste ista pravna sredstva<sup>19</sup> tokom poreskog postupka i eventualnog upravnog spora.<sup>20</sup>

Takođe, poreski obveznik treba da bude upoznat sa radnjama koje prema njemu preduzima poreski organ, da bi, ako smatra da mu je utvrđen veći iznos poreza od onoga koji bi po zakonu trebalo da plati ili da mu je povređeno neko pravo, mogao da na vreme i adekvatno pravno reaguje. Izuzetak u srpskom poreskom sistemu je, radi zaštite fiskalnog interesa države, ustanovljen u slučaju terenske poreske kontrole koja se vrši bez prethodnog dostavljanja naloga za njeno sprovođenje, ako postoji indicija da je povećan obim nelegalne trgovine ili da je došlo do poremećaja u prometu na tržištu.<sup>21</sup> Saradnja pretpostavlja spremnost poreske administracije na dijalog sa poreskim obveznikom, u situacijama kada se pokaže da je on potreban radi razjašnjenja spornih stvari u vezi sa obveznikovom poreskom stvari.

Drugim rečima, poreskom obvezniku ne sme da bude uskraćeno pravo “da se čuje” i njegovo mišljenje kako pre, tako i posle donošenja rešenja o utvrđivanju poreza, prilikom vršenja poreske kontrole.<sup>22</sup> To doprinosi razjašnjenju ili dopuni svih relevantnih činjenica iznetih u poreskoj prijavi, što je od značaja za utvrđivanje iznosa poreskog duga.

Da bi se obezbedila veća efikasnost i efektivnost poreskog sistema, poreska administracija treba da ima pristup tačnim i što potpunijim informacijama o poreskom obvezniku, njegovim aktivnostima i transakcijama.<sup>23</sup> Međutim, poreski organi ne smeju da zloupotrebe poverenje poreskog obveznika, koji im tokom poreskog postupka saopštava ili dostavlja određene lične podatke. Otkrivajući jav-

<sup>19</sup> Efektivna pravna (sudska) zaštita prava poreskih obveznika mora da se obezbedi i u međugraničnim situacijama, a ne samo u nacionalnim okvirima. Vid. o tome detaljno: Philip Baker, Pasquale Pistone, “BEPS Action 16: The Taxpayers’ Right to an Effective Legal Remedy Under European Law in Cross-Border Situations”, *EC Tax Review*, 5-6/2016, str. 335-345.

<sup>20</sup> Upor.: Roberto Cordeiro Guerra, Stefano Dorigo, “Taxpayer’s Rights as Human Rights During Tax Procedures”, *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (eds. Georg Kofler, Miguel Poiars Maduro, Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2011, str. 426-427.

<sup>21</sup> V. čl. 118, st. 3 i čl. 124, st. 2 ZPPPA.

<sup>22</sup> V. Robert Desax, “Practical Protection of the Fundamental Rights of Taxpayers”, *Bulletin for International Taxation*, 4-5/2015, str. 248-249.

<sup>23</sup> V. Alicja Majdanska, Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri, “Tax Compliance in the Spotlight – The Challenges for Tax Administrations and Taxpayers”, *Bulletin for International Taxation*, 11/2017, str. 632.

nosti neki takav podatak, koji se po zakonu smatra "tajnim",<sup>24</sup> ne samo da poreskom obvezniku može da bude naneta šteta (materijalna ili nematerijalna), nego i samoj državi. Primera radi, u slučaju da se obelodani podatak o visini dohotka (za potrebe utvrđivanja godišnjeg poreza) ili iznosu lutrijskog dobitka određenog obveznika, sa njegovim punim imenom i prezimenom, poreski obveznik i članovi njegove porodice mogu da budu ozbiljno ugroženi (krađa, ucena, otmica deteta, i dr.). Neovlašćeno korišćenje ili objavljivanje tajnog podatka od strane poreskog organa može *pro futuro* dovesti do odbijanja saradnje drugih poreskih obveznika, zbog opravdane bojazni da će, možda, i neki podatak o njima da bude iskorišćen u svrhe protivne zakonu.<sup>25</sup> Podaci se mogu učiniti dostupnim drugim licima, odnosno organima i organizacijama<sup>26</sup> samo u slučajevima koji su propisani zakonom.<sup>27</sup> Ugrožavanjem interesa poreskog obveznika ugrožava se i javni interes države, jer postupak utvrđivanja poreza postaje sporiji i skuplji.

Da bi se obezbedila ravnoteža između suprotstavljenih interesa, potrebno je da mere koje poreska administracija preduzima prema poreskom obvezniku budu srazmerne cilju koji treba da se postigne, tj. naplati dugovanog poreza.<sup>28</sup> Fiskalni interes u poreskom odnosu jeste primaran, ali prilikom primene sredstava za njegovo ostvarivanje mora da se vodi računa i o ličnosti poreskog obveznika i njegovim pravima. Na primer, nije prihvatljivo da poreski službenik traži od poreskog obveznika da mu dostavi kopiju uplatnice da je izmirio svoj poreski dug, u situaciji kada ga zadužuje za zateznu kamatu, a obveznik tvrdi da je porez platio u roku dospeća. To izaziva opravdano obveznikovo negodovanje, jer treba da troši svoje vreme da bi udovoljio takvom zahtevu poreske administracije, samo zato

---

<sup>24</sup> Tajnim podatkom u poreskom postupku smatra se svaki dokument, informacija, podatak ili druga činjenica o poreskom obvezniku do kojih su službena lica i sva druga lica koja učestvuju u poreskom postupku došla u poreskom, prekršajnom, predistražnom ili sudskom postupku, kao i podaci o tehničkim pronalascima, patentima i tehnološkim postupcima koje primenjuje poreski obveznik. V. čl. 7, st. 1 ZPPPA.

<sup>25</sup> Zakonom su propisane situacije kada se ne smatra da je izvršena povreda tajnog podatka (na primer, iznošenje dokumenata, činjenica ili podataka tokom poreskog, prekršajnog, predistražnog ili sudskog postupka, i dr.). V. čl. 7, st. 6 ZPPPA. Vid., npr.: Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 430-00-00202/2019-04 od 12.07.2019. godine.

<sup>26</sup> Na primer, dostavljanje podataka izvršnom poveriocu koji namerava da vodi izvršni postupak ili postupak obezbeđenja protiv poreskog obveznika, a koji su u vezi sa njegovim poreskim dugom ne predstavlja, po stavu nadležnog ministarstva, povredu obaveze čuvanja tajnog podatka u poreskom postupku. V. Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 011-00-1072/2017-04 od 31.01.2018. godine.

<sup>27</sup> Mišljenje Ministarstva finansija RS, br. 07-00-00634/2018-04 od 24.05.2019. godine.

<sup>28</sup> V. D. Popović, nav. delo, str. 78.

što je službeniku jednostavnije da dokaz traži od obveznika, umesto da sâm proveri u poreskom računovodstvu, koje Poreska uprava inače vodi.

Saradnja podrazumeva da poreski organ obaveštava poreske obveznike o pojedinim radnjama koje treba da preduzme kako bi o dospelosti izmirio svoja poreska dugovanja (na primer, koji je krajnji rok za podnošenje poreske prijave, da li u slučaju dužeg odsustvovanja iz zemlje može tražiti produženje zakonskog roka za podnošenje poreske prijave, koja dokumenta treba da priloži uz poresku prijavu, i dr.).

U tom smislu, poreska administracija bi trebalo da ima “proaktivan” pristup prema poreskim obveznicima, tako što im dostavlja *on-line* informacije, brošure sa korisnim podacima (na primer, za kompanije u osnivanju /eng. *start-up companies*/) i dr. Koliko god razvoj moderne tehnologije olakšava i ubrzava razmenu informacija ne samo između poreskih organa, već i njih sa drugim organima i subjektima, ubrzava i pojednostavljuje poreski postupak, poreska administracija mora da ima u vidu da elektronski načini komunikacije neće biti prihvatljivi za sve poreske obveznike, pa treba da ih kombinuje sa “klasičnim” informisanjem. Svaka razmena informacija nosi rizik od povrede privatne sfere poreskog obveznika i poverljivosti određenih podataka.<sup>29</sup> Automatskom razmenom informacija opasnost da podaci budu neovlašćeno korišćeni ili dostupni licima koja, po zakonu, nemaju pravo na uvid u njih dodatno je povećana. Zbog toga je neophodno da se i odgovarajućim fizičkim merama zaštite, kao i pravnim okvirima obezbedi zaštita podataka o poreskim obveznicima.<sup>30</sup>

Povrh toga, u međunarodnim okvirima poreskom obvezniku treba obezbediti tzv. pravo intervencije (eng. *intervention right*), koje bi obuhvatalo njegovo pravo da od strane nadležnog poreskog organa zemlje svog rezidentstva bude prethodno obavešten o tome koji podaci o njemu će, u okviru uzajamne administrativne pomoći između zemalja, biti dostavljeni ili saopšteni poreskim organima druge, odnosno drugih zemalja, kao i mogućnost da potvrdi legitimnost zahteva za dostavljanje nekog svog ličnog podatka ili da interveniše u pravcu korekcije podatka koji se razmenjuje, ukoliko konstatuje da on nije tačan.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Pravo na privatnost podataka se u literaturi označava kao pravo da se neki podaci “drže” tajnim, dok pravo na poverljivost podrazumeva da podaci ne treba, ni slučajno, niti sa namerom, da budu otkriveni, odnosno obelodanjeni neovlašćenim licima. V. Filip Debelva, Irma Mosquera, “Privacy and Confidentiality in Exchange of Information Procedures: Some Uncertainties, Many Issues, but Few Solutions”, *Intertax*, 5/2017, str. 362–363.

<sup>30</sup> V. Xiaoqing Huang, “Ensuring Taxpayer Rights in the Era of Automatic Exchange of Information: EU Data Protection Rules and Cases”, *Intertax*, 3/2018, str. 227–228.

<sup>31</sup> V. Menita Giusy De Flora, “Protection of the Taxpayer in the Information Exchange Procedure”, *Intertax*, 6-7/2017, str. 448.

Ukoliko poreski obveznik smatra da je poreski sistem pravičan, da je poreško opterećenje ravnomerno “raspoređeno” među poreskim obveznicima (primenom principa oporezivanja srazmerno ekonomskoj snazi /eng. *ability-to-pay principle*/) i da je umereno, može se pre očekivati da će biti spreman na saradnju sa poreskom administracijom.

Poreski organ treba da strogo poštuje načelo nediskriminacije, odnosno svi poreski obveznici, u istoj ili sličnoj poreskoj situaciji, moraju da imaju jednak poreski tretman.<sup>32</sup> Primena zakona ne sme da dovede do povlašćenog poreskog tretmana pojedinih obveznika. Niko nije iznad i izvan zakona, niti država<sup>33</sup>, niti bilo koji građanin.<sup>34</sup> Kao što poreski obveznici treba da osećaju moralnu obavezu i imaju razvijenu svest o neophodnosti oporezivanja za funkcionisanje države, tako i kod poreske administracije mora da postoji visok stepen etičnosti i integriteta, koji će isključivati svaki oblik koruptivnog ponašanja.<sup>35</sup>

#### RAZLIČITI OBLICI SARADNJE PORESKOG OBVEZNIKA SA PORESKIM ORGANOM

Različiti oblici saradnje između poreskog obveznika i poreskog organa najbolje se pokazuju u poreskom postupku, koji podrazumeva utvrđivanje poreza, naplatu poreza i poresku kontrolu.<sup>36</sup> Iako je poreski postupak “ispunjen” brojnim i različitim poreskim obavezama poreskih obveznika, trebalo bi što više težiti razvijanju pristupa koji bi bio, uslovno rečeno, “prijateljski” usmeren ka poreskim obveznicima (eng. *taxpayer-friendly approach*).<sup>37</sup>

Drugim rečima, u obveznicima ne treba *a priori* videti one koji žele ili nameravaju da ugroze budžet države (uključujući i budžete lokalnih nivoa vlasti), već ih treba tretirati savesnim obveznicima, sve dok njihovi postupci, eventualno, ne pokažu suprotno. Poreski organi treba, kao što smo napred već istakli, da preduzimaju sve razumne i raspoložive mere, kako bi poreskim obveznicima olakšali

---

<sup>32</sup> V. Piergiorgio Valente, “A European Taxpayers’ Code”, *Intertax*, 12/2017, str. 809.

<sup>33</sup> Porez može da bude uveden samo zakonom ili na osnovu zakona.

<sup>34</sup> V. P. Valente, nav. delo, str. 809.

<sup>35</sup> V. Victor van Kommer, *Integrity – Ethics for Tax Administration*, White Papers, IBFD, Amsterdam, November 2009, str. 1-2; A. Singh, nav. delo.

<sup>36</sup> Upor.: Richard Lyal, “Tax and Fundamental Rights in EU Law: Procedural Issues”, *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (eds. Georg Kofler, Miguel Poiars Maduro, Pasquale Pistone), IBFD, Amsterdam, 2011, str. 445.

<sup>37</sup> P. Valente, nav. delo, str. 811.

da blagovremeno ispune svoje poreske obaveze, kao i da im obezbede dostupnost svih potrebnih informacija vezanih za poreski postupak, ali i da im, istovremeno, pruže mogućnost da iznesu svoje mišljenje ili dodatne činjenice u poreskom postupku.

Poreska uprava može zahtevati od poreskog obveznika da joj dostavi na uvid i proveru poslovne knjige, računovodstvene iskaze i drugu relevantnu poslovnu i finansijsku dokumentaciju.<sup>38</sup> Takođe, poreski obveznik je dužan da Poreskoj upravi, na njen zahtev, dostavi verodostojne informacije koje su od značaja za oporezivanje, odnosno utvrđivanje poreza.<sup>39</sup> Iako zakon to predviđa kao obavezu poreskog obveznika, mišljenja smo da je pružanje relevantnih informacija poreskom organu u interesu samog poreskog obveznika, jer u nekim slučajevima može da pojasni nepotpuno činjenično stanje, odnosno poreski organ može doći do novih saznanja koja će mu omogućiti da tačno utvrdi obveznikov poreski dug. Na primer, obveznik nije, uz godišnju poresku prijavu, priložio potvrdu o studiranju svog deteta koje je starije od 18 godina, a bez tog dokaza poreski organ ne može da mu prizna olakšicu za izdržavano lice, pa je u obveznikovom interesu da je, na zahtev poreskog organa, dostavi.

U fazi naplate, od kraja aprila 2018. godine uvedena je mogućnost (ne i zakonska obaveza) da Poreska uprava, pre izdavanja opomene, pošalje poreskom obvezniku podsetnik pisanim ili elektronskim putem, kao i SMS porukom, odnosno na drugi način, o njegovom poreskom dugovanju, i pozove ga da ga plati u roku od pet dana od dana dostavljanja.<sup>40</sup> Ako dug ne bude izmiren, poreski organ, u roku od 30 dana od dana dospelosti, šalje obvezniku opomenu kojom mu nalaže da dospelu iznos poreza, sa obračunatom kamatom, plati najkasnije u roku od pet dana od dana prijema opomene.<sup>41</sup> Ukoliko poreski obveznik ne izmiri poreski dug ni u roku iz opomene, poreski organ mu kao "dodatni znak saradnje" šalje upozorenje pisanim ili elektronskim putem, odnosno SMS porukom, da dospelu, a neplaćeni porez plati u roku od pet dana od dana dostavljanja upozorenja.<sup>42</sup> Ako se poreski obveznik "ogluši" i o podsetnik, i o poresku opomenu, i o još jedno upozorenje Poreske uprave, očigledno je da, uprkos nastojanjima poreskog organa, neće da saraduje. Poreska uprava tada donosi rešenje kojim otpočinje postupak prinudne naplate poreza.

<sup>38</sup> V. čl. 44, st. 1 ZPPPA.

<sup>39</sup> V. čl. 45, st. 1 ZPPPA.

<sup>40</sup> V. čl. 71, st. 1. ZPPPA.

<sup>41</sup> V. čl. 71, st. 2 ZPPPA.

<sup>42</sup> V. čl. 77, st. 1 ZPPPA.



## ZAKLJUČAK

Saradnja između poreske administracije i poreskih obveznika je jedno od ključnih pitanja u modernim poreskim sistemima, i treba je sagledavati i sa stanovišta vladavine prava, i sa aspekta zaštite interesa fiskusa. Za njihov saradnički odnos je od izuzetnog značaja da pri implementaciji zakona ne bude nejednakog postupanja prema poreskim obveznicima, koji se nađu u istoj ili sličnoj poreskoj situaciji. Netransparentna zakonska rešenja ili obezbeđivanje povlašćenog poreskog tretmana samo pojedinim poreskim obveznicima ruši poverenje u postojanje “fer” poreskog sistema, što stvara otpor kod poreskih obveznika. Poreska administracija i poreski obveznik treba jedni druge da tretiraju sa poštovanjem i potrebno je razvijati mnogo koordinisaniji pristup u njihovom međusobnom odnosu.<sup>43</sup> Poreski organ treba da deluje u duhu saradnje sa poreskim obveznicima, imajući u vidu da je savesnim poreskim obveznicima, neretko, potrebna pomoć da bi razrešili svoju poresku situaciju u skladu sa zakonom i blagovremeno izvršili svoju obavezu plaćanja dugovanog poreza. Završićemo rečenicom koju smo, svojevremeno, negde pročitali: “Poreski obveznici su poput biljke koja mora da bude negovana da bi mogla da daje plodove.”

GORDANA ILIĆ POPOV, Ph.D.,  
Full professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

### TAX ADMINISTRATION AND TAXPAYER IN THE TAX PROCEDURE: “RIVALS” OR “COLLABORATORS”

#### Summary

The parties are not equal in the tax relationship, because one of them acts from the position of the state, so there is a conflict of their interests. However, the author tries to prove the hypothesis that the cooperation between these parties – the tax administration and the taxpayer – is necessary in order to achieve the purpose for which the tax relationship is established, i.e. a fiscal interest of the state. This interest enables smooth functioning of the state and financing the public expenditures. Therefore, if the tax authority wants to more effectively fulfill such goal, as well as to have the taxpayers as “collaborators”, it has to respect their fundamental rights guaranteed by the Constitu-

---

<sup>43</sup> V. Bruno Peeters, “Towards a More Coordinated Approach of the Relation Between the Taxpayer and the Tax Administrations: The European Taxpayers’ Code”, *EC Tax Review*, 4/2017, str. 178–180.

tion. The legitimate expectations exist at both sides – the taxpayer expects that the tax administration will seek only information which are relevant for taxation, while the tax authority expects the taxpayer will be responsible for its tax affairs. The author considers that efficiency and effectiveness of the tax system depend on the behavior of both tax administration and taxpayers. She points out the phases of the tax procedure (tax assessment, collection of tax and tax audit) where their "working together" is particularly important.

*Key words:* tax administration, tax authority, tax relationship, tax procedure, taxpayers' rights

MARINA DIMITRIJEVIĆ

## OSNOVNI PROBLEMI OPOREZIVANJA U SAVREMENOM DRUŠTVENOM KONTEKSTU

*Obezbeđenje finansijske osnove za funkcionisanje celokupne državne strukture, kao fundamentalni cilj postupanja poreskih organa, treba ostvariti u kompleksnom i promenljivoj savremenom društvenom kontekstu. Periodi ekonomskih kriza koje se povremeno javljaju, slobodno kretanje finansijskog kapitala, ubrzano širenje prekograničnih transakcija, elektronsko poslovanje, razvoj informacione tehnologije stvaraju spektar dodatnih mogućnosti za nepoštovanje nacionalne poreske legislativne i poresku evaziju. Predmet razmatranja u ovom radu jesu osnovni problemi oporezivanja ispoljeni u takvom ambijentu, često praćeni brojnim neizvesnostima u pogledu uspešnog obavljanja poreske aktivnosti države. Unapređenje upravljanja tom aktivnošću, u vidu pokretanja niza novih inicijativa u vezi sa administriranjem porezima i sprečavanjem različitih vidova poreskih prevara, predstavlja "odgovor" na ispoljene probleme. Cilj rada je da ukaže na sadržinu tih inicijativa, kao i njihov potencijal da doprinesu ostvarivanju javnog interesa u fiskalnoj sferi, ali i ostvarivanju interesa savesnih poreskih obveznika.*

*Ključne reči: oporezivanje, poreski organi, poreski obveznici, poreska evazija, savremeni društveni kontekst*

### U V O D

Savremena država kontinuirano proširuje svoje nadležnosti što iziskuje povećanje zahteva za finansijskim sredstvima kojima bi se one finansirale. Kako se

---

Prof. dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2019. godina.

posredstvom poreza obezbeđuje najveći deo sredstava za funkcionisanje javnog sektora, oni su danas, i to više nego ranije, uslov postojanja i opstanaka države, kao i njenog uspešnog funkcionisanja. Porezi su "sudbina" ljudi, civilizacijska tekovina, jedna strana "medalje" finansijske delatnosti države, pored javnih rashoda, kao druge strane. Društveno-ekonomski i politički sistem u kojem se oporezivanje obavlja, nesporno, ostavljaju vidljiv "trag" na samu poresku oblast.

Globalizacioni uslovi donose brojne izazove procesu oporezivanja, otvaraju nove probleme i čine složenijom zaštitu interesa države u sferi javnog finansiranja. Ambijent u kome treba implementirati aktuelne poreske strukture fundamentalno se menja i čini neizvesnom uspešnost obavljanja poreske aktivnosti države (poreske funkcije). Stoga je neophodno izvesno prilagođavanje pristupa države, u sferi oporezivanja, takvom ambijentu. Osnovni problemi oporezivanja u savremenom društvenom kontekstu, uključujući i neke "opcije" za njihovo rešavanje, predmet su analize u ovom radu. Najpre je, u delu nakon uvoda, dat kraći osvrt na oporezivanje u eri globalizacije. Posebna pažnja je, potom, posvećena poreskoj evaziji kao međunarodnom (globalnom) fenomenu i nizu problema koje ona sa sobom nosi. U nameri da se pronađu što adekvatniji modaliteti rešavanja tih problema preduzima se niz inicijativa koje su, u nastavku rada, detaljnije razmatrane. Na osnovu izvršene analize, u radu se ukazuje na njihovu sposobnost da budu "na visini očekivanja" kada je reč o potrebi što doslednije primene poreske legislative.

#### OPOREZIVANJE U ERI GLOBALIZACIJE

Globalizacija označava procese i pojave novijeg vremena, usko povezane sa povećanjem međuzavisnosti putem tehnološkog progressa, naročito u zemljama koje svoju ekonomiju razvijaju na savremenim informacionim tehnologijama. Od 1980-ih godina internacionalizacija domaćih ekonomija ulazi u eru globalizacije. Ona postaje veliki izazov ovog veka i obavezno se vezuje za tržište, finansijski sistem, konkurenciju, strategiju funkcionisanja multinacionalnih korporacija. Materijalni interes postaje moćna pokretačka snaga današnjeg doba. Sve sofisticiraniji modaliteti poslovanja širom sveta svoje implikacije imaju i u domenu poreza i poreskog zakonodavstva, koje postaje kompleksnije kako bi se pokrile postojeće "praznine" i suzio prostor za evaziona ponašanja poreskih obveznika. Pored toga što imaju naglašenu fiskalnu funkciju kao fundamentalni instrumenti prikupljanja prihoda za finansiranje javnih potreba, porezi su i jedna od značajnih poluga ekonomskog razvoja.

Intenziviranje kretanja kapitala, robe, usluga i ljudi između zemalja, razvoj međunarodnih odnosa, delovanje brojnih međunarodnih finansijskih, ekonom-

skih, političkih i drugih organizacija postavljaju novi, prilično izmenjeni u odnosu na neka ranija vremena, "okvir" u kome treba implementirati nacionalne poreske sisteme. Usavršavanje privrednih aktivnosti i finansijskih transakcija, ali i značajna naučno-tehnološka dostignuća, stvaraju nove mogućnosti za poslovanje van domaćih tržišta. Napredne informacione tehnologije omogućavaju obavljanje poslovanja ne samo u realnom, već i u virtuelnom prostoru. Sve navedeno pokazuje da je ambijent, u kome se odvija finansijska (poreska) delatnost države, postao složen i podložan brzim i ne uvek predvidivim promenama. Mogućnosti naplate poreza prilično su otežane u savremenim uslovima poslovanja, gde naglo jača ekonomska pozicija multinacionalnih korporacija. Sofisticirani načini njihovog poslovanja omogućavaju da neispunjavanje poreskih obaveza dobija nove modalitete i povećava svoj opseg.

Opštepoznato je da u stvarnosti ispoljeni modaliteti ponašanja poreskih obveznika obrazuju čitav "niz" mogućih poreskih ponašanja. Ispunjavanje poreskih obaveza (*tax compliance*), legitimno poresko planiranje ili minimiziranje poreza (*tax planning, tax minimization*), neprihvatanje poreskih obaveza u vidu nelegitimne (nedopuštene) zakonite evazije poreza (*tax avoidance, aggressive tax planning*) i nezakonite evazije poreza (*tax evasion*) elementi su tog niza.<sup>1</sup> Imajući u vidu globalna ekonomska kretanja, u savremenim državama, fokus pažnje poreske vlasti izrazito je usmeren na poreska ponašanja koja mogu biti kvalifikovana kao agresivno poresko planiranje (nelegitimna (nedopuštena) zakonita poreska evazija). Takva ponašanja poseduju veliki kapacitet u pogledu štete koju mogu da izazovu kako za budžet, tako i za samu državu i njene javne finansije. Potencijalno neslaganje između multinacionalnih korporacija (kompanija) i poreskih administracija raznih zemalja, u pogledu procene poreskog ponašanja i njegove kvalifikacije kao neprihvatljivog ili prihvatljivog poreskog ponašanja u okviru zakona, predstavlja uvek prisutnu opciju.

Faktički "život" oporezivanja u aktuelnim uslovima, širom sveta, obiluje neodgovarajućim poreskim ponašanjima obveznika, tj. njihovim umešnim pokušajima da, samostalno ili uz asistenciju poreskih savetnika, poreske obaveze smanje na što niži nivo, tj. nivo koji zakonodavac nije imao u vidu. Naročito se, u velikom stepenu globalizovanoj ekonomiji, nejasnoća i nepreciznost poreske regulative koriste kako bi se promišljeno i vešto osujetila namera zakonodavca. Poreski obveznici ovakvo ponašanje smatraju opravdanim i delom svoje poslovne strategije. Međutim, postupanje unutar granica poreskog zakona, a suprotno njegovoj svrsi, iako formalno-pravno ne može biti kvalifikovano kao poreski delikt, po svojoj

---

<sup>1</sup> Marina Dimitrijević, *Ispunjavanje poreskih obaveza*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2017, str. 13.

prirodi jeste poresko ponašanje koje, iz ugla države (poreskih organa) i društva posmatrano, nije prihvatljivo. Stoga se sve više, u ovom smislu, ističe važnost implementacije koncepta tzv. korporativne društvene odgovornosti.<sup>2</sup>

#### PORESKA EVAZIJA KAO MEĐUNARODNI (GLOBALNI) FENOMEN

Poreska evazija se, u okolnostima koje karakteriše veća ili manja zatvorenost domaćih ekonomija, prilično dugo, ispoljavala kao fenomen ograničen nacionalnim granicama. Međutim, širenje poslovanja van tih granica i korišćenje prednosti savremenih informacionih tehnologija dalo je evaziji poreza specifičnu sadržinu i težinu. Poreska evazija predstavlja, u uslovima kada moćne multinacionalne kompanije menjaju svoju organizacionu i upravljačku strukturu i intenzivno se koriste usluge poreskih oaza i *off-shore* centara, i značajan međunarodni fenomen i problem budući da je prenet na međunarodno tržište. Poreske prevare danas, dakle, u priličnoj meri, odlikuje i “globalni” karakter. Shodno tome, u novijoj poreskoj literaturi, sve češće se zastupaju mišljenja da globalni problemi traže globalna rešenja, praćena uvođenjem globalnih poreskih standarda.<sup>3</sup>

Notorna je činjenica da se, zahvaljujući procesu globalizacije, povećavaju različite vrste dohotka zarađene u inostranstvu. Navedeno, nesporno, utiče na nivo osposobljenosti poreskih administracija da verifikuju tačnost podataka navedenih u poreskim prijavama obveznika. Uz to, dolazi do određenog sužavanja nacionalne autonomije u kreiranju poreskog sistema i poreske politike. Pri susretu sada “globalizovanog” kapitala i poreskih politika koje su, po svojoj prirodi, nacionalno određene, uz postojanje fenomena dvostrukog oporezivanja i poreske konkurencije, pojavljuje se i problem izrazito velike poreske evazije.<sup>4</sup>

Erozija nacionalnih poreskih osnovica i premeštanje dobiti u zemlje poreske rajeve verni su pratioci međunarodnog poreskog planiranja sa komponentom agresivnosti. OECD je, 2013. godine, započeo projekat BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) usvajanjem Akcionog plana za njegovo sprovođenje (15 akcija je predviđeno za suprotstavljanje pomenutim pojavama). Akcija 15 BEPS akcionog plana odnosi se na ustanovljenje multilateralnog instrumenta za rešavanje pore-

---

<sup>2</sup> Judith Freedman, “Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle”, *Working Paper*, No 14/2006, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, April 2006, str. 339.

<sup>3</sup> Ana Paula Dourado, “Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”, *EUI Working Papers RSCAS* 2013/11, str. 2.

<sup>4</sup> Pero Jurković, *Javne financije*, Masmedija, Zagreb, 2002, str. 153–158.

skih problema na međunarodnom nivou. Multilateralna konvencija za primenu mera koje se u cilju sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore potpisana je 7. juna 2017. godine u Parizu, kada je 68 država i jurisdikcija širom sveta, uključujući i Republiku Srbiju, pristupilo Konvenciji. Još 9 država je tim povodom iskazalo nameru da je potpiše, a očekivanje je da broj zemalja potpisnika vremenom bude i veći.<sup>5</sup> BEPS multilateralna konvencija funkcioniše uporedo sa postojećim sporazumima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, što je čini drukčijom od postojećih (malobrojnih) multilateralnih konvencija o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koje zamenjuju sve bilateralne poreske sporazume koji su postojali između država koje su je zaključile.<sup>6</sup>

Nesporno, neprihvatljivo (agresivno) poresko planiranje obveznika problem je svih poreskih jurisdikcija. Konstantno se krupan finansijski kapital "seli" u potrazi za što povoljnijim poreskim režimima. Moćne multinacionalne kompanije, u tom cilju, zauzimaju agresivne poreske pozicije zahvaljujući identifikovanju i korišćenju razlika i neusklađenosti u oporezivanju međunarodnih transakcija.

Šire posmatrano, šeme agresivnog poreskog planiranja generalno se shvataju kao bilo koja šema kojoj je glavna namena umanjeње poreza i da tražene poreske pogodnosti nisu jasno sankcionisane poreskim zakonima. U te svrhe koriste se praznine ili druge nedorečenosti u poreskim zakonima, često se pribegava artifičijalnim, složenim ili izmišljenim transakcijama ili se koriste posredničke kompanije ili kompanije koje ne posluju, ali formalno postoje u zemljama bez poreza ili sa niskim porezima.<sup>7</sup>

U suštini je reč o varijanti legalnog (zakonitog) izbegavanja plaćanja poreza gde poreski obveznici tumače poreske propise u svoju korist, na jedan formalistički način, ne uzimajući u obzir svrhu zakona, spuštajući, na taj način, porešku obavezu ispod nivoa koji je zakonodavac imao u vidu usvajanjem relevantne regulative. "Agresivnost" poreskog planiranja ogleda se u korišćenju izrazito sofisticiranih i veštih pravno-poslovnih konstrukcija i aranžmana čiji je isključivi cilj umanjeње ili izbegavanje plaćanja poreza. Pritom, poreski obveznici formalno ostaju u granicama nacionalnih poreskih zakona ili međunarodnih poreskih sporazuma, ali suprotno njihovom duhu.<sup>8</sup> Ovakvo ponašanje znači odabir poreske pozicije koja je, iz perspektive poreskog obveznika, najpovoljnija i nije pra-

---

<sup>5</sup> Dejan Popović, Gordana Ilić Popov, "Značaj i efekti BEPS multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 75, 2017, str. 16.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Mileva Anđelković, *Javne finansije i finansijsko pravo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2018, str. 164.

<sup>8</sup> *Ibidem*, str. 163.

ćeno otvorenim otkrivanjem činjenice, od strane obveznika i njihovih poreskih savetnika, da je prisutna neizvesnost u pogledu toga da li je znatan sadržaj, iskazan u poreskoj prijavi, u skladu sa zakonom.<sup>9</sup> S jedne strane, logičan je, u takvim okolnostima, izostanak interesa poreskih obveznika (njihovih poreskih savetnika) da otkrivaju poreskim organima svoja ponašanja iz “sive zone” neprimenjivanja poreskog zakonodavstva. Posmatrano, međutim, s druge strane, mora se priznati da je vrlo teško tolerisati ponašanja korporativnih poreskih obveznika koja su formalno pravno legalna ali, u svojoj biti, nisu u duhu poreskog zakonodavstva.

Napred navedenim se, svakako, ne spori multinacionalnim kompanijama pravo na legitimne poreske uštede. Ono što im, nesumnjivo, treba osporiti, u kontekstu međunarodne evazije poreza, jeste artifičijalno premeštanje (“preseljenje”) dobiti na područja sa povoljnim poreskim režimima, budući da se, na taj način, razdvaja područje odvijanja ekonomske aktivnosti od mesta računovodstvenog prikazivanja profita.

Na nacionalnom planu, u svoja zakonodavstva veliki broj država ugradilo je opšte odredbe (pravila) o zabrani zloupotrebe pravnih konstrukcija u svrhu ostvarivanja poreskih ušteda – opšta anti-abuzivna pravila (*general anti-avoidance rules*). Osnovna uloga ovih pravila ogleda se u predviđanju određenih parametara koji su zakonski osnov za prepoznavanje dopuštenog (prihvatljivog) u odnosu na nedopušteno (neprihvatljivo) poresko planiranje. Time se daje ovlašćenje poreskim organima da ukinu ili na drugi način uskrate poreske pogodnosti obveznicima. Poreski organi mogu da izvrše “rekonstrukciju” poreskog posla (aranžmana) na osnovu ekonomske realnosti i oporezuju takvu rekonstruisanu transakciju.<sup>10</sup> Takođe, pored opštih postoje i specifična anti-abuzivna pravila (mere) koja se primenjuju na specifične situacije, prostim ukidanjem pojedinih poreskih pogodnosti pod određenim okolnostima (npr. slučajevi utanjenje kapitalizacije, transfernih cena i sl.) Uz to, u nekim državama dopušta se sudovima da, u svakom konkretnom slučaju, radi sprečavanja izigravanja duha (svrhe) poreskog zakona, daju prednost suštini u odnosu na njenu pravnu formu (*substance over form doctrine*), primene građanskopravni koncept ništavosti simulovanih pravnih poslova, odnosno pozovu se na opšti standard zabrane zloupotrebe prava, tj. izigravanja zakona (*fraus legis*).<sup>11</sup>

<sup>9</sup> *Study into the Role of Tax Intermediaries*, OECD, 2008, str. 10–11.

<sup>10</sup> Stjepan Gadžo, Irena Klemenčić, “Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union”, *Financial Theory and Practice*, br. 38 (3), 2014, str. 282–283.

<sup>11</sup> Dejan Popović, *Poresko pravo*, opšti deo, Cekos in, Beograd, 2006, str. 56.



Praksa je pokazala da, radi suzbijanja nedopuštenih poreskih ponašanja, preduzimanje ovih unilateralnih mera (aktivnosti) nije dovoljno. "Izvlačenje" poreskih obveznika ispod nacionalnog poreskog suvereniteta i prebacivanje poslovanja na područja sa povoljnijim poreskim režimom, zahteva veći (međunarodni) angažman.

#### INICIJATIVE U CILJU REŠAVANJA OSNOVNIH PROBLEMA SAVREMENOG OPOREZIVANJA

U nameri da se što adekvatnije reše osnovni problemi oporezivanja u savremenom društvenom kontekstu i, posebno, ograniče mogućnosti za međunarodnu evaziju poreza, preduzimaju se brojne aktivnosti u formi široko promovisanih inicijativa. Dve takve inicijative biće razmatrane u nastavku rada. Vreme će, sigurno, pokazati njihovo stvarno dejstvo, odnosno u kojoj meri one faktički doprinose doslednijoj primeni aktuelnih poreskih struktura.

#### *Model poboljšanih odnosa oporezivanja kao prekretnica u razvoju poreskih odnosa*

Model poboljšanih odnosa oporezivanja (*enhanced relationship*) nastao je, prvenstveno, kao sredstvo suprotstavljanja agresivnom poreskom planiranju i *off-shore* poreskoj evaziji. Ovaj model odnosa poreskih organa i poreskih obveznika (velikih poreskih obveznika i poreskih obveznika sa međunarodnim poslovanjem) za svoju osnovu ima uzajamno poverenje (saradnju) i transparentnost (otvorenost) u poreskoj komunikaciji u cilju smanjivanja prevarnih ponašanja poreskih obveznika koja su suprotna ne samo tekstu (slovu), nego i duhu poreskih zakona. Od poreskih obveznika, uključujući i njihove poreske savetnike, zahteva se otvorenost, kao i potpuno i blagovremeno otkrivanje (obelodanjivanje) informacija (podataka) povezanih sa potencijalnim poreskim rizicima.<sup>12</sup> Navedeno ne iznenađuje, budući da je efikasnost poreskih organa da se suprotstave agresivnom poreskom planiranju određena njihovom sposobnošću da utvrde poslovne aranžmane poreskih obveznika koji takvo poresko ponašanje omogućavaju.<sup>13</sup> Drugim rečima, poreski obveznici treba da poreskim organima dostavljaju informacije o neizvesnim poreskim pozicijama u poreskim prijavama (o tome gde su

---

<sup>12</sup> Jeffrey Owens, "Tax Administrators, Taxpayers and Their Advisors: Can the Dynamics of the Relationship Be Changed?", *Bulletin for International Taxation*, IBFD, September 2012, str. 517.

<sup>13</sup> Gilles N. Larin, Robert Duong, Marie Jacques, "Policy Forum: Responses to Aggressive Tax Planning – A Study Framework", *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne*, No 1, Volume 56, 2008, str. 158.

moguće nesaglasnosti u tumačenju propisa između njih i poreskih organa) i potrebne činjenice o tome, u nameri da se izbegnu eventualni međusobni nepotrebni poreski sporovi i troškovi, odnosno poreske stvari rašavaju mirno, pošteno, konačno i brzo. Poreski organi, pak, kako bi se obezbedila sigurnost i predvidivost u ispunjavanju poreskih obaveza, imaju dužnost da ažurno (unapred) pružaju poreskim obveznicima informaciju (mišljenje) o poreskim posledicama njihovih planiranih transakcija i aktivnosti – prethodno izdata poreska mišljenja (*advance tax rulings*), što je pretpostavka sigurnosti poreskopravnog položaja obveznika. Dakle, poreskim mišljenjem datim u ovakvim situacijama se, zapravo, tumače poreske odredbe i to tumačenje je za poreske organe obavezno, ukoliko se u međuvremenu ne promene okolnosti i činjenice na osnovu kojih je mišljenje dato. Mišljenjem poreskih organa se detaljnije predviđaju obaveze i prava koje će poreski obveznik imati u vezi sa svojom budućom poreskorelevantnom transakcijom i aktivnošću.

Model poboljšanih odnosa oporezivanja, posmatran posebno u vezi sa međunarodnom poreskom evazijom, treba da posluži, zahvaljući dobrovoljnom otkrivanju (prijavlivanju) oporezivih činjenica od strane poreskih obveznika (*voluntary disclosure*) i njihovih poreskih savetnika, kao sredstvo za rano prepoznavanje agresivnog poreskog planiranja, odnosno bolje razumevanje poslovne i poreske strategije poreskih obveznika.

Razvojem modela poboljšanih odnosa oporezivanja manifestuje se drukčija orijentacija (pristup) u upravljanju poreskim poslovima, naročito potrebna u finansijski kriznim vremenima, kao i postupanje u dobroj veri u poreskom postupku. Tada podsticanje dobrovoljnog ispunjavanja poreskih obaveza, odnosno kooperativnog povinovanja obveznika porezima (*co-operative tax compliance*), predstavlja bitan zahtev istaknut pred savremenim administriranjem poreskim sistemom, kao i segment strategije upravljanja rizicima u poreskom radu. Iz ugla poreskog obveznika (multinacionalne kompanije) posmatrano, takvo povinovanje poreskim obavezama može biti tretirano kao deo dobrog korporativnog upravljanja. U politici koju zastupa, OECD posebnu pažnju posvećuje razmatranju odnosa korporativno upravljanje – vođenje poreskih poslova. Način na koji velike kompanije upravljaju rizicima povezanim sa vođenjem svojih poreskih poslova (ispunjavanjem poreskih obaveza) utiče na uspešnost u poslovanju i ugled. Otuda i njihova zainteresovanost za upravljanje poreskim rizicima kojima su izložene. Dostignuti standard korporativnog upravljanja u neposrednoj je vezi sa tim da li korporacija ima visok, umeren ili nizak nivo poreskog rizika.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> *General Administrative Principles: Corporate governance and tax risk management*, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, July 2009, str. 9.

Uspješna primena modela poboljšanih odnosa oporezivanja za svoju pret-hodnicu ima, od strane poreskih organa izvršenu, "tržišnu sagmentaciju" pore-skih obveznika u posebne grupe (grupe se identifikuju ne samo na osnovu veli-čine, tj. poreskog kapaciteta obveznika, već i prema drugim kriterijumima).<sup>15</sup> To je potrebno da bi se kvalitetnije identifikovale potrebe poreskih obveznika, razu-mela tehnika vođenja poslovanja (biznisa) i njihovo poresko ponašanje, odno-sno utvrdili rizici u plaćanju poreza. Rizik u administriranju porezima predstavlja svaku pojavu koja, u određenoj meri, može uticati na mogućnost poreskih orga-na da ispune ciljeve svog funkcionisanja.<sup>16</sup> Svođenje takvih rizika na prihvatljive veličine, odnosno njihovo otklanjanje na što bolji način (po prioritetima) zahteva odgovarajuću organizacionu strukturu poreske administracije (postojanje službe za rad sa velikim poreskim obveznicima), visokospecijalizovana poreska znanja, veštine, kao i pravilnu raspodelu sredstava (resursa).<sup>17</sup> U tome se prepoznaju ele-menti izmenjene strategije upravljanja poslovima primene poreza koja bi trebalo da doprinese ostvarivanju planiranog društvenog cilja u sferi oporezivanja i, ujed-no, racionalnijem trošenju budžetskih sredstava namenjenih za rad poreskih orga-na.<sup>18</sup>

Savremena poreska praksa, zaista, stalno potvrđuje da se agresivno pore-sko planiranje tretira kao rizik u poslovnim strategijama kompanija, s obzirom na okolnost da abuzivne transakcije kompanija, od strane poreskih organa, mogu biti otkrivene i sankcionisane. One, ujedno, jesu i potencijalna opasnost (rizik) za uspešno izvršenje poslova poreskih organa. Blagovremeno otkrivanje šema agre-sivnog poreskog planiranja pretpostavka je da se, posredstvom zakonodavstva kvalitetno regulišu anti-abuzivna pravila, pogodna da se utvrdi (usvoji) specifična anti-abuzivna šema i, ujedno, pronađu oni poreski obveznici koji su takvu šemu primenjivali.<sup>19</sup>

Može se konstatovati da je, u novije vreme, zbog brojnih koristi, vidlji-vo značajno širenje primene modela poboljšanih odnosa oporezivanja,<sup>20</sup> u obla-

---

<sup>15</sup> Michael D'Ascenzo, "Global Trends in Tax Administration", *Journal of Tax Administration*, Issue 1, Volume 1, April 2015, str. 90.

<sup>16</sup> David Murphy, *Understanding Risk: The Theory and Practice of Financial Risk Manage-ment*, Chapman & Hall/CRC, Boca Raton – London – New York, 2008, str. 39.

<sup>17</sup> *Current Challenges in Revenue Mobilization: Improving Tax Compliance*, IMF, April 2015, str. 20.

<sup>18</sup> M. Dimitrijević, nav. delo, str. 60.

<sup>19</sup> G. N. Larin, R. Duong, M. Jacques, nav. delo, str. 158.

<sup>20</sup> Lisa De Simone, Richard Sansing, Jeri K. Seidman, "When are Enhanced Relationship Tax Compliance Programs Mutually Beneficial?", *Tuck School of Business Working Paper*, No. 2012-102, December 2011, str. 1.

sti poreskih odnosa kao javnopravnih odnosa koje karakteriše unutrašnja neizbalansirano angažovanih interesa, odnosno tradicionalna suprotstavljenost strana. Poreska država koja se “sukobljava” sa poreskim obveznicima treba da se razvija u pravcu stvaranja poreske države koja sa obveznicima poreza “sarađuje”. Takvo “modeliranje” poreskih odnosa je dugotrajan zadatak a sve veći broj država razmišlja ili je uvelo i nove (alternativne) načine rešavanja poreskih sporova.<sup>21</sup> Oni prate primenu modela poboljšanih odnosa oporezivanja. Sve navedeno se, svakako, preduzima u smeru menjanja tradicionalnih i duboko ukorenjenih obrazaca ponašanja, kako poreskih obveznika, tako i poreskih organa.

### *Međunarodna poreska saradnja u vidu međunarodne razmene poreskih informacija*

Međunarodna poreska saradnja ima čvrsto uporište u stavu da treba smanjiti evaziju poreza ne samo u nacionalnim, već i u međunarodnim okvirima. Potpunija primena principa rezidentstva faktički treba državama da omogući da proširuju granice svoje fiskalne (poreske) vlasti u nameri da zaštite sopstvene fiskalne interese, odnosno obezbede efikasnu naplatu svojih poreskih potraživanja.

Intenzivnu saradnju nacionalnih poreskih administracija, preko međunarodnih finansijskih institucija, snažno zagovaraju pre svega ekonomski razvijene zemlje pod pokroviteljstvom ideje o uspešnijem suzbijanju međunarodne poreske evazije i drugih finansijskih prevara u internacionalnim okvirima. U globalizovanom svetu međunarodna razmena poreskih informacija postaje ključni vid međunarodne poreske saradnje.

Početni korak OECD, s kraja 1990-ih godina, usmeren na suzbijanje štetne poreske konkurencije (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*), pretvorio se ubrzo u poziv svim državama (a pre svega poreskim oazama) da jačaju poresku saradnju u vidu efikasne razmene poreskih informacija i transparentnosti poreskih procedura. Takav multilateralni pristup razmeni poreskih informacija, da bi bio efikasan, propagira automatsku i spontanu razmenu informacija u poreskim stvarima kao zamenu tradicionalne razmene poreskih informacija, koja je zasnovana na razmeni informacija na zahtev poreske administracije određene države.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Marina Dimitrijević, “Specifičnosti reformisanja tradicionalnih poreskopraavnih odnosa”, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2018, str. 701–702.

<sup>22</sup> Mileva Anđelković, Marina Dimitrijević, “Poreska administracija pred savremenim društvenim izazovima”, *Teme*, br. 4, Niš, 2013, str. 1771–1772.

Model sporazuma o razmeni informacija u poreskim stvarima (*OECD Model Tax Agreement on Exchange of Information in Tax Matters*), kao naredni korak, kojim se postavljaju standardi u domenu međunarodne razmene poreskih informacija, usvojen je 2002. godine. Osobnost ovog sporazuma ogleda se u tome da bankarska tajna i nepostojanje domaćeg interesa ne mogu više biti razlog odbijanja poreske saradnje. Navedeno znači da je konkretna država u obavezi da pruži informaciju i u slučajevima nepostojanja domaćeg poreskog interesa, odnosno kada joj ta informacija nije potrebna za sopstvene svrhe oporezivanja.<sup>23</sup>

Iako, pod uticajem zalaganja o sprečavanju međunarodne evazije poreza i doslednije primene nacionalne poreske regulative (principa rezidentstva), izgleda da međunarodna razmena poreskih informacija proširuje granice fiskalne vlasti konkretne zemlje, s pravom se može postaviti pitanje, da li ona istovremeno podrazumeva i slabljenje njenog fiskalnog (poreskog) suvereniteta? Uvažavajući trendove koji su vidljivi u domenu razvoja međunarodne poreske saradnje, moguće je primetiti da potpunija primena principa rezidentstva nužno zahteva i određene "intervencije" u pravcu modifikovanja (slabljenja) domaćeg poreskog i bankarskog zakonodavstva, koje ne moraju uvek biti u stvarnom nacionalnom interesu. Naime, budući da su interesi zemalja izvoznica i zemalja uvoznica kapitala suprotstavljeni, ovoj drugoj grupi zemalja nije uvek u interesu da dostavlja podatke o nerezidentnim poreskim obveznicima.

Kako je brzina zaključivanja bilateralnih sporazuma o međunarodnoj poreskoj saradnji, od strane finansijske i političke elite, okarakterisana kao glavna prepreka efikasnog suzbijanja međunarodnih poreskih prevara, početkom septembra 2013. godine, lideri zemalja G20 postigli su dogovor o zajedničkom delovanju protiv masovnog izbegavanja plaćanja poreza od strane velikih multinacionalnih korporacija. Ova organizacija je, na svom skupu u februaru 2014. godine, pozivajući države da se priključe multilateralnoj automatskoj razmeni finansijskih informacija, uz podršku OECD-a, takav model razmene informacija faktički promovisala kao "globalno prihvaćeni standard" za automatsku razmenu informacija u poreskim stvarima (*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*),<sup>24</sup> odnosno kao novi standard univerzalne poreske transparentnosti. Savremene informacione tehnologije stvaraju posebno pogodan ambijent za primenu ovog standarda. Krajnji cilj je da standard za automatsku razmenu informacija u poreskim stvarima bude ugrađen u nacionalnu legisla-

---

<sup>23</sup> Rainer Zielke, "The Changing Role of Tax Havens – An Empirical Analysis of the Tax Havens Worldwide", *Bulletin for International Taxation*, Number 1, Volume 65, IBFD, 2011, str. 44.

<sup>24</sup> Mileva Anđelković, "Unapređenje poreske discipline u savremenim kriznim uslovima", *Srpska politička misao*, br. 4, Volume 50, Beograd, 2015, str. 199.

tivu što većeg broja država, dok je u nadležnosti Globalnog foruma o transparentnosti i razmeni informacija u poreske svrhe (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), posebnog tela u okviru OECD-a, primena mehanizma za njegov monitoring i praćenje. To znači proveru pravnog okvira za razmenu informacija u poreske svrhe i proveru efektivnosti (delotvornosti) tog pravnog okvira.

Prihvatanje napred navedenog standarda nije nimalo jednostavna aktivnost. Štaviše, mišljenja smo da svako bezuslovno prihvatanje globalnih poreskih standarda, pa i standarda za automatsku razmenu informacija u poreskim stvarima, od strane pojedinih država može da predstavlja izvesno prenošenje poreske vlasti na nadnacionalni nivo, koji bi posedovao podatke o svim poreskim obveznicima. Iz tog razloga, nameće se kao neophodna potreba da svaka država, svaka za sebe, dobro "odmeri" vlastiti nacionalni interes, uključujući i interese svojih rezidentnih obveznika, i koristi koje bi ona mogla da ostvari uključivanjem u mrežu međunarodne razmene poreskih informacija, naspram eventualnih rizika. Uz to, u fokusu posebne pažnje treba da se nađe i relacija poreske tajnosti i poreske transparentnosti. Između poreske tajnosti (poverljivosti) i poreske (fiskalne) transparentnosti postoji konflikt. Ova relacija u svetlu primene standarda globalne automatske razmene poreskih informacija i promovisanja poreske transparentnosti, kao novog obrasca savremenih poreskih odnosa, dobija na svojoj važnosti.

OECD je doneo Vodič o zaštiti poverljivosti razmenjenih informacija u poreske svrhe (*Keeping It Safe – The OECD guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes*), kako bi se ukazalo na najbolje prakse u vezi sa poverljivošću i pružila usmerenja za obezbeđenje određenog nivoa zaštite. Shodno tome, zaključenju sporazuma o automatskoj razmeni poreskih informacija sa drugom državom treba da prethode određeni preduslovi. Zapravo, potrebno je da zemlja primalac poreskih informacija poseduje odgovarajući pravni okvir, administrativni kapacitet, kao i potrebne procedure kao garanciju osiguranja poverljivosti primljene informacije i njene upotrebe samo za namene predviđene u međunarodnom sporazumu.<sup>25</sup> Međutim, veliki je znak pitanja da li je, u okolnostima brzog protoka različitih ličnih i finansijskih podataka zahvaljujući savremenim informacionim tehnologijama, to dovoljno. Uz okolnost ubrzavanja procesa poreske transparentnosti na međunarodnom planu, nije neosnovano zaključiti da se pravo na poverljivost (tajnost), kao opšteprihvaćeno pravo poreskih obveznika u savremenim poreskim sistemima, ipak potiskuje u drugi plan.

<sup>25</sup> *A Step Change in Tax Transparency – Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context*, OECD Report for the G8 Summit, OECD, June 2013, str. 8.

Značajno je pomenuti i ostale inicijative, pokrenute u cilju razmene poreskih informacija na globalnom (evropskom) nivou, poput: Multilateralne konvencije o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima (*Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*), usvojene od strane Saveta Evrope i OECD-a 1988. godine (otvorena je za pristupanje svim državama 2010. godine – do tada je bila dostupna samo članicama OECD-a); Akcionog plana o poreskoj transparentnosti iz 2015. godine (predviđa uvođenje automatske razmene informacija između država članica Evropske unije (EU) u pogledu aranžmana koje nacionalne poreske administracije odobravaju poreskim obveznicima (multinacionalnim kompanijama) u vezi sa obračunavanjem poreske obaveze), dopunjenog, iste godine, Akcionim planom za pravično i efikasno oporezivanje kompanija u EU; izmena iz 2016. godine u evropskoj Direktivi o administrativnoj saradnji u poreskim stvarima uvažavajući standarde BEPS projekta (unete su odredbe u vezi sa obaveznom automatskom razmenom finansijskih informacija o poslovanju multinacionalnih kompanija u poreske svrhe, s obzirom na rezultate koje ostvaruju u svakoj državi poslovanja – *country-by-country-reporting*);<sup>26</sup> američkog Zakona o ispunjavanju poreskih obaveza u vezi sa računima u inostranstvu (*Foreign Account Taxpayer Compliance Act – FATCA*).

Usvajanjem u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), 2010. godine, Zakona o ispunjavanju poreskih obaveza u vezi sa računima u inostranstvu (zakon je stupio na snagu 1. juna 2014. godine) načinjen je poseban potez u domenu međunarodne razmene poreskih informacija i presedan u međunarodnom javnom pravu. Ovaj zakon sa ekstrateritorijalnom primenom nameće stranim finansijskim posrednicima (bankama i drugim finansijskim institucijama) obavezu nepoštovanja ugovornih odnosa i kršenja zaštite podataka, bankarske tajnosti i poverljivosti i drugih propisa jurisdikcija gde im se nalazi sedište.<sup>27</sup> Naime, na osnovu ovog zakona strane finansijske institucije obavezne su da američkoj poreskoj administraciji dostavljaju podatke o novčanim sredstvima (prihodima) iznad određenog iznosa koje američki državljani ili rezidenti SAD drže na računima u ovim institucijama. Na ovakav zahtev neke države odgovorile su zaključivanjem međudržavnih bilateralnih sporazuma sa SAD u nastojanju da pronađu pristup koji bi odgovarao ciljevima FACTA (ali bez kršenja njihovih nacionalnih zakona, kao što su pitanja zaštite podataka) i, takođe, odgovarao potrebi poštovanja principa reci-

---

<sup>26</sup> M. Anđelković, *Javne finansije i finansijsko pravo*, str. 187-188.

<sup>27</sup> Itai Grinberg, "The Battle Over Taxing Offshore Accounts", *UCLA Law Review*, Number 304, 2012, str. 336.

prociteta i zaštite od značajnih finansijskih troškova, koji su na ovaj način nametnuti finansijskim institucijama (*Intergovernmental Agreement*).<sup>28</sup>

## ZAKLJUČAK

Današnje doba donosi nove probleme u sferi implementacije aktuelnih poreskih struktura. Poreska aktivnost država odvija se u okolnostima snažne međunarodne ekonomske saradnje, brzog razvoja informacionih tehnologija, odvijanja moćnih finansijskih tokova na nacionalnom i međunarodnom planu. Adekvatna reakcija na izazove savremenog društvenog života, a u svrhu obezbeđivanja potrebnih sredstava za nesmetano finansiranje javne potrošnje, podrazumeva jasno izraženu opredeljenost u pogledu suočavanja sa ispoljenim problemima u oporezivanju, poboljšanja nivoa poštovanja poreske regulative i suzbijanja raznovrsnih oblika poreske nediscipline. Znatno prisustvo nezakonite poreske evazije i rasprostranjenost abuzivnih praksi u vidu agresivnog poreskog planiranja, u okruženju sve šireg trgovinsko-finansijskog povezivanja nacionalnih ekonomija preko multinacionalnih kompanija, uslovljavaju pored preduzimanja unilateralnih aktivnosti od strane pojedinih zemalja pokretanje i novih (globalnih) inicijativa. Inicijative poput razvijanja modela poboljšanih odnosa oporezivanja i međunarodne razmene poreskih informacija, zahvaljujući afirmisanju ideja kooperativnog ponašanja poreskih subjekata i poreske transparentnosti, treba da doprinesu uspešnom razrešenju postojećih poreskih problema. Budućnost će, nesporno, potvrditi ili opovrgnuti njihovu snagu da to i ostvare.

MARINA DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,  
Full Professor, Faculty of Law,  
University of Niš

## BASIC PROBLEMS OF TAXATION IN THE CONTEMPORARY SOCIAL CONTEXT

### Summary

Securing the financial basis for the functioning of the state's entire structure, as the fundamental goal of tax authorities, should be accomplished within the complex and unsteady contemporary social context. The intervals of economic crises which occur occasionally, the free flow of the

---

<sup>28</sup> M. Anđelković, *Javne finansije i finansijsko pravo*, str. 186.



financial capital, rapid expansion of cross-border transactions, e-business and development of information technology create a range of additional opportunities for non-compliance with the national tax legislation and for tax evasion. The basic problems of taxation expressed in such environment, often accompanied by numerous uncertainties regarding successful performance of the state's tax activities, are the subject of this paper. Improving the management of this activity, in the form of initiating a series of new activities related to administering taxes and preventing different forms of tax frauds represents the "answer" to the existing problems. The aim of the paper is to point to the content of those initiatives, as well as to their potential to contribute to the achievement of public interest within the fiscal sphere, but also to the achievement of the conscientious taxpayers' interests.

*Key words:* taxation, tax authorities, taxpayers, tax evasion, contemporary social context



GORDANA PAOVIĆ JEKNIĆ

## PRIMJENA BUDŽETSKIH PRINCIPA U BUDŽETSKOM PRAVU SAVREMENIH DRŽAVA I BUDŽETU EVROPSKE UNIJE

*U ovom radu su obrađeni budžetski principi kao pravila kojih se svi oni koji se bave budžetom moraju pridržavati prilikom njegove izrade, donošenja i izvršenja. Prihvatajući Neumarkovu podjelu budžetskih principa na statičke i dinamičke, u radu smo prikazali primjenu i odstupanja od svakog pojedinačnog principa u budžetima Crne Gore i drugih savremenih država kao i u budžetu Evropske unije. Ukazujući na sličnosti i razlike i upoređujući na ovaj način budžetsko pravo Crne Gore sa budžetskim pravom savremenih zapadnoevropskih zemalja kao i sa budžetom Evropske unije, cilj nam je da budžetsko pravo Crne Gore prati savremene tendencije u oblasti javnih finansija i da bude kompatibilno i uporedivo sa evropskim budžetskim pravom.*

*Ključne riječi: budžet, Skupština, budžetski principi*

### BUDŽETSKI PRINCIPI U BUDŽETSKOM PRAVU CRNE GORE

Budžet je najznačajniji instrument finansiranja javnih rashoda u svim savremenim državama. Među finansijsko-pravnim teoretičarima ne postoji jedinstvena definicija budžeta iz razloga što jedni daju prednost finansijskom, a drugi pravnom, političkom ili socijalnom aspektu budžeta. I pored toga, svi su saglasni da je budžet složena finansijska institucija, plan prihoda i rashoda države za period od jedne godine, kojeg donosi skupština (parlament) po postupku utvrđenim ustavom ili zakonom<sup>1</sup>.

---

Dr Gordana Paović Jeknić, profesor Pravnog fakulteta u Podgorici, Univerzitet Crne Gore.

<sup>1</sup> Gordana Paović Jeknić, *Budžetsko pravo*, Pravni fakultet, Univerzitet Crne Gore, Podgorica, 2007, str. 26–29.

Ali budžet nije samo strateški plan prihoda i rashoda države za period od godine dana kojeg donosi skupština (parlament) kao predstavničko tijelo građana, nego je i osnovni parametar preko kojeg se procjenjuju ovlaštenja i vrši kontrola djelatnosti izvršne vlasti od strane skupštine (parlamenta). Budžet je politički dokument preko kojeg je uvijek moguće provjeriti da li rad vlade odgovara programu na bazi kojeg je dobila povjerenje parlamenta.<sup>2</sup>

Treba razlikovati budžetsko pravo (*contabilita dello stato*) kao samostalnu naučnu disciplinu i granu prava, kojeg čini skup pravnih normi kojima se uređuje upravljanje budžetom, sastavljanje, donošenje i izvršenje budžeta, kontrola trošenja budžetskih sredstava, poslovanje službi državnog trezora, odgovornost organa i lica u postupku prikupljanja i trošenja budžetskih sredstava za podmirenje javnih potreba. Od budžetskog prava skupštine (parlamenta) koje predstavlja skup ovlaštenja koje skupština (parlament) ima u postupku sastavljanja, donošenja, izvršenja i kontrole izvršenja budžeta. Budžetsko pravo je nastalo u Engleskoj u XVII vijeku, kao plod viševjekovne borbe naroda protiv samovolje i apsolutizma vladara, da uvede prihode i podmiruju rashode bez odobrenja parlamenta<sup>3</sup>.

Jedno od veoma značajnih pitanja budžetskog prava svake države jesu budžetski principi, kao pravila kojih se treba pridržavati pri sastavljanju, donošenju i izvršenju budžeta. Budžetske principe možemo podijeliti u dvije grupe: statički i dinamički budžetski principi ili budžetska načela. Prema Neumarku, statički budžetski principi su oni koji se odnose na sadržaj i formu budžeta (princip potpunosti, princip jedinstva, princip neefektacije i princip jasnoće), dok su dinamički principi oni koji se odnose na budžetsku proceduru sastavljanje, donošenje i izvršenje budžeta ( princip realnosti, princip ravnoteže, princip javnosti, princip prethodnog odobrenje i princip jednogodišnjosti).<sup>4</sup>

Analizirajući budžete Crne Gore poslednjih godina, dolazimo do zaključka da je državni budžet potpun i univerzalan dokument, jer su u budžetu uneseni svi prihodi i rashodi države u punom iznosu tj. primjenjen je bruto-metod prilikom prikazivanja prihoda i rashoda države. Dakle, unose se svi najsitniji prihodi i svi

<sup>2</sup> V. Nicollo Pollari, *Elementi di contabilita pubblica, contabilita di Stato e degli enti pubblici*, Ed. Laurus Robuffo, Roma, 1996, str. 15 i dalje; Domenico da Empoli, Paolode Ioanna, Giuseppe Vegas, *Il Bilancio dello Stato*, Ed. 24. Ore, Milano, 1995, str. 21 i dalje.

<sup>3</sup> Mišljenje vodeće italijanske doktrine (Bennati, Rossi, Pasavanti, Finali, Rostagno) kreće se u pravcu davanja pune samostalnosti budžetskom pravu kao prvenstveno pravnoj, a zatim finansijskoj i računovodstvenoj naučnoj disciplini. Detaljnije: Antonio Bennati, *Manuale di contabilita di Stato*, Ed. Jovene, Napoli, 1990, str. 18–21; Božidar Jelčić, Olivera. Lončarić-Horvat, Jure Šimović, Hrvoje Arbutina, *Finansijsko pravo i finansijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 611–615.

<sup>4</sup> Danilo Aleksić, Gordana Paović Jeknić, *Finansije i finansijsko pravo*, Univerzitet Crne Gore, Podgorica, 2001, str. 260–261.

najmanji rashodi. Nije dozvoljeno prebijanje ili kompenzacija između javnih prihoda i javnih rashoda, jer bi se na taj način u budžetu unijele samo razlike (neto metod) i stvorila nerealna slika koliko su stvarni rashodi države. Primjenjući bruto metod u budžetu poštuje se princip budžetske potpunosti i ostvaruje osnovni preduslov budžetskog prava, da Skupština ima potpuni uvid u finansijsko stanje države i da kontroliše prikupljanje javnih prihoda i njihovo trošenje<sup>5</sup>.

Princip budžetskog jedinstva predstavlja zahtjev da svi prihodi i rashodi države moraju biti prikazani u jednom jedinstvenom budžetskom aktu. Odstupanja od ovog principa čine dvojni budžeti (Danska i Švedska), aneksnii budžeti i autonomni budžeti (ustanove iz oblasti socijalnog osiguranja). U odnosu na raniji period razvoja crnogorskog budžetskog sistema (koji je bio sastavni dio jugoslovenskog budžetskog sistema i budžetskog prava), kad je budžetski pluralizam bio vladajuće budžetsko načelo, princip budžetskog jedinstva u budžetu Crne Gore posle 1992. godine, dobija ponovo na značaju. Ponovno vraćanje djelatnosti obrazovanja, nauke, kulture, fizičke kulture, socijalne i dječije zaštite, kao i potreba podsticaja razvoja privrede preko budžetskih fondova (raniji društveni fondovi materijalne proizvodnje), u budžet Crne Gore, obrazloženo je potrebom za ekonomičnijim, racionalnijim trošenjem prikupljenih finansijskih sredstava i smanjenjem oblika zahvatanja za podmirenje javnih rashoda. Dakle, u sklopu poreske i budžetske reforme 90-ih godina, u crnogorskom budžetskom pravu princip budžetskog jedinstva ponovo je reafirmisan i primjenjen uz određena odstupanja. Takvo odstupanje je, na primjer, bilo usmjeravanje prihoda po osnovu posebnog poreza na promet proizvoda za finansiranje programa održavanja željezničke infrastrukture i po osnovu naknade na promet derivata nafte – dio posebnog prihoda za realizaciju programa održavanja putne infrastrukture. Finansijski planovi Fonda penzijskog i invalidskog osiguranja, Fonda zdravstva i Zavoda za zapošljavanje imaju sve karakteristike autonomnih budžeta<sup>6</sup>.

Princip neefektacije (sveukupnog pokrića) predstavlja pravilo po kojem svi javni prihodi treba da ulaze u budžet i da služe za finansiranje ukupnih javnih rashoda (nenamjenski prihodi). Ovo pravilo ima izuzetke i odstupanja. Tako su odstupanje od budžetskog principa neefektacije u crnogorskom budžetu predstavljali na primjer, usmjeravanje posebnog poreza na promet proizvoda za realizaciju programa održavanja željezničke infrastrukture, usmjeravanje naknade na

---

<sup>5</sup> Dio sredstava koja se prebijaju prema neto metodu ne iskazuje se u budžetu, pa skupština nema potpunu kontrolu nad prikupljanjem i trošenjem budžetskih prihoda, što je nedostatak neto budžeta. Zbog toga se u najvećem broju savremenih država primjenjuje bruto metod, jer se njime u većoj mjeri obezbjeđuje primjena principa budžetske potpunosti.

<sup>6</sup> Gordana Paović Jeknić, "Princip budžetskog jedinstva u teoriji i praksi", *Finansije*, br. 11–12, Beograd, 1997, str. 952.

promet derivata nafte – dio posebnog prihoda za realizaciju programa održavanja putne infrastrukture, dio prihoda od sudskih taksa za poboljšanje materijalnog položaja sudova, dio prihoda od kamata i neprijavljenih obaveza za materijalno-tehničko opremanje tadašnje Direkcije javnih prihoda Crne Gore, prihodi od naknade na promet derivata nafte, za pripremu i izgradnju auto-puta, i dr.<sup>7</sup>

Crnogorski budžet je pregledan i jasan dokument i u njemu je primjenjen princip jasnoće i preglednosti budžeta. Prihodi se u budžetu prikazuju prema svojim izvorima, vrstama, oblicima i podoblicima, a rashodi po korisnicima i namjenama. Na taj način Skupština Crne Gore ne usvaja budžetske prihode i rashode samo u ukupnoj masi nego i javne prihode prema izvorima, vrstama, oblicima i podoblicima, a javne rashode prema namjenama za koje se troše i prema korisnicima (ministarstva i drugi državni organi). Poštovanje ovog principa posebno olakšava kontrolu budžeta od strane Državne revizorske institucije Crne Gore i Skupštine Crne Gore, u dijelu da li se budžetska sredstva troše zakonito i korisno, tj. efikasno, ekonomično i efektivno.

Princip realnosti ili tačnosti zahitjeva da se prihodi i rashodi u budžetu realno i što tačnije predvide, da bi razlika između planiranih prihoda i rashoda, s jedne strane, i ostvarenih prihoda i rashoda, s druge strane, bila što manja, odnosno da te razlike ne bude.

U Crnoj Gori se u okviru budžetske reforme poslednjih godina posebna pažnja posvećuje realnom planiranju budžeta tj. utvrđivanju egzaktnih i preciznih pokazatelja budućih finansijskih kretanja, ekonomskih, privrednih i socijalnih prilika, koji će uz analizu izvršenja budžeta u prethodnoj godini omogućiti poštovanje principa budžetske realnosti.

I savremena budžetska teorija i praksa insistira na realnom planiranju budžeta. U tom cilju, predviđaju donošenje čitavog niza finansijskih dokumenata i preduzimanje aktivnosti koji će pomoći što tačnijem i realnijem planiranju budućih prihoda i rashoda države (kao na primjer DEFP, Finansijski zakon, višegodišnji budžet u Italiji, kao akta koje donosi italijanski Parlament i predstavljaju osnovu budućeg državnog budžeta). Njihov osnovni cilj je da pruže što preciznije i realnije finansijske parametre koji će poslužiti pri realnom planiranju javnih prihoda i rashoda u narednoj budžetskoj godini. Tako je važećim Zakonom Italije br. 362, od 23.08.1988. godine, predviđeno da je Vlada dužna da izradi i podnese Parlamentu do 15. maja Dokument ekonomsko-finansijskog planiranja (DEFP), kao prvi akt u proceduri sastavljanja i donošenja budžeta. Zakonom o reformi državnog budžeta br. 362/1988 utvrđen je rok podnošenja Parlamentu Finansijskog

<sup>7</sup> Gordana Paović Jeknić, *Budžetska kontrola, jugoslovensko i italijansko pravo*, Podgorica, 2000, str. 152.

zakona i pratećih pravila. Vlada je obavezna da do 30. septembra podnese Parlamentu na razmatranje i odlučivanje predlog Finansijskog zakona. Članom 4. Zakona br. 468/1978 u budžetski sistem Italije uveden je višegodišnji budžet kao instrument finansijskog planiranja i opšti okvir u kojem je prikazano trogodišnje stanje javnih prihoda i javnih rashoda i u kojem je data analiza promjena u odnosu na ranija planiranja. Od tada se u postupku donošenja budžeta svake godine odobrava pored godišnjeg budžeta i višegodišnji budžet ( *bilancio plurienale*).<sup>8</sup>

Budžet Crne Gore i opštinski budžeti jesu javni akti (princip javnosti). Nakon javne skupštinske rasprave o prijedlogu budžeta (na plenumu i odborima), budžeti se donose u formi zakona i objavljuju u Službenom listu.<sup>9</sup> Poštovanje ovog budžetskog principa omogućava crnogorskim građanima da se preko svog predstavničkog tijela (skupštine) na pravi način, blagovremeno i istinito informišu o visini budžetskih prihoda koji će se prikupiti od stanovništva i privrede u narednoj godini i o namjenama na koje će budžetski prihodi biti utrošeni.

Prema budžetskom principu jednogodišnjosti, budžet se donose za jednu kalendarsku godinu. Dakle, budžetska godina u Crnoj Gori poklapa se sa kalendarskom godinom i počinje 1. januara. U slučaju da nadležno predstavničko tijelo (Skupština Crne Gore ili skupština opštine) ne donese zakon o budžetu države odnosno odluku o budžetu opštine do 31. decembra tekuće godine za narednu godinu, vrši se privremeno finansiranje putem budžetskih dvanaestina. Ministarstvo finansija do donošenja budžeta odobrava potrošačkim jedinicama sredstva do iznosa 1/12 stvarnih izdataka u prethodnoj fiskalnoj godini<sup>10</sup>.

Slijedi princip prethodnog odobrenja budžeta, koji znači da odobrenje i donošenje budžeta od strane Skupštine mora prethoditi njegovom izvršenju. Ako bi izvršenje budžeta počelo prije odobrenja Skupštine, time bi bilo povrijeđeno budžetsko pravo najvišeg predstavničkog tijela, koje je kako u Crnoj Gori tako i u savremenim državama zaštićeno najvišim ustavnim normama – da Skupština odlučuje o javnim приходima i javnim rashodima koji će se izvršiti u narednoj budžetskoj godini i da Skupština svake godine donosi budžet i završni račun budžeta.

Dakle, Zakon o budžetu Crne Gore donosi se prije početka nove budžetske godine. U slučaju da Skupština Crne Gore ne usvoji budžet do 31. decembra, vrši

---

<sup>8</sup> N. Pollari, nav. djelo, str. 35; Giuseppe Vegas, *Il bilancio dello stato*, Milano, 1995, str. 122 i dalje; Francesco Zaccaria, *Il bilancio dello Stato*, Torino, 1995, str. 46 i dalje.

<sup>9</sup> Rasprava o budžetu u Skupštini Crne Gore traje veoma kratko, za razliku od parlamentarne prakse u drugim savremenim zapadnoevropskim državama, gdje sva pitanja budžeta imaju rang najvišeg političkog događaja i pridaje im se veliki značaj. Na primjer, u Italiji rasprava o budžetu traje u prosjeku mjesec dana, a u Saveznoj Republici Njemačkoj nekoliko mjeseci raspravlja se o budžetu u nadležnom Odboru za budžet i na plenumu.

<sup>10</sup> Zakona o budžetu i fiskalnoj odgovornosti, *Službeni list Crne Gore*, br. 20/14, 56/14, čl. 37.

se privremeno finansiranje, koje traje do donošenja budžeta. Važećim Zakonom o budžetu i fiskalnoj odgovornosti nije preciziran rok koliko se može vršiti privremeno finansiranje, tako da se može dogoditi da se vrijeme privremenog finansiranja protegne na čitavu godinu. Za razliku od ovakvog rješenja, Zakonom o finansiranju lokalne samouprave predviđeno je da ako se budžet opštine za narednu godinu ne donese do 31. decembra tekuće godine, skupština opštine donosi odluku o privremenom finansiranju i to najduže za tri mjeseca fiskalne godine. Odlukom o privremenom finansiranju mjesečno se odobravaju sredstva do iznosa od 1/12 stvarnih izdataka u prethodnoj fiskalnoj godini.<sup>11</sup>

Budžetski princip ravnoteže zahtijeva da su u budžetu prihodi i rashodi uravnoteženi. To znači da ukupna masa prihoda mora biti jednaka ukupnoj masi rashoda. Prema važećim crnogorskim propisima, prihodi i rashodi budžeta moraju biti uravnoteženi. U cilju uravnoteženja budžeta, predviđena je izmjena (rebalans) budžeta. Ako u toku budžetske godine dođe do povećanja ili smanjenja planiranih prihoda i rashoda, može se predložiti uravnoteženje budžeta i to se vrši izmjenama i dopunama budžeta na način i po postupku propisanom za donošenje budžeta<sup>12</sup>.

#### BUDŽETSKI PRINCIPI U BUDŽETSKIM AKTIMA SAVREMENIH DRŽAVA

Analizirajući budžete Republike Italije i budžete Savezne Republike Njemačke dolazimo do zaključka da su italijanski i njemački budžeti potpuni i univerzalni dokumenti, jer se u budžetima unose svi prihodi i rashodi države u punim iznosima. Znači, javni prihodi i javni rashodi unose se u budžet u svojoj bruto vrijednosti (primjenjena je bruto metoda kao tehnika sastavljanja budžeta). Nije dozvoljeno oduzimanje ili kompenzacija između prihoda i rashoda (neto metod), unose se svi pa čak i najsitniji prihodi kao i najmanji rashodi.

Italijanski i njemački budžet sastavljeni su po principu budžetskog jedinstva. Svi prihodi i rashodi države prikazani su u jednom jedinstvenom aktu, u jednom dokumentu. Time je ispunjen još jedan zahtjev budžetskog prava da Parlament ima uvid u kompletno finansijsko stanje države i punu kontrolu. Odstupanje od proklamovanog i primijenjenog principa budžetskog jedinstva u italijanskom budžetskom pravu predstavljaju na primjer budžeti autonomnih nacionalnih preduzeća: Autonomno nacionalno preduzeće za puteve (*Azienda nazionale autonoma delle strade*) i Autonomno nacionalno preduzeće za telefonske usluge (*Azi-*

<sup>11</sup> Zakon o finansiranju lokalne samouprave, *Službeni list Crne Gore*, br. 3/19, čl. 30.

<sup>12</sup> Zakon o budžetu i fiskalnoj odgovornosti, *Službeni list Crne Gore*, br. 20/14, 56/14, čl. 8.



*enda di stato per i servizi telefonici*). Ova dva državna preduzeća imaju sopstvene budžete koji ulaze u okvir proračuna prihoda i rashoda odgovarajućih ministarstava, pa su stoga sastavni dio glavnog državnog budžeta Italije.

*Azienda nazionale autonoma delle strade* predstavlja Autonomno nacionalno preduzeće za puteve u državnom budžetu Italije. Ovo preduzeće ima sopstveni budžet prihoda i rashoda koji je prikazan u okviru proračuna prihoda i rashoda Ministarstva javnih radova. Budžet prihoda i rashoda Autonomnog nacionalnog preduzeća za puteve jeste stoga aneksni budžet u okviru glavnog budžeta Italije (*Bilancio dello stato*) i usvaja ga italijanski Parlament istovremeno kada donosi budžet Italije. U aneksnom budžetu Autonomnog nacionalnog preduzeća za puteve utvrđeni su kao prihodi: tekući i kapitalni prihodi. Tekući prihodi su prihodi od prodaje robe i usluga, transferi iz budžeta, dohodak, ulozi kompenzatorni troškovima i neraspoređeni iznosi. Kapitalni prihodi su prihodi od prodaje nekretnina, amortizacije, obnavljanje i poboljšanje, transfer iz budžeta.

Rashodi u aneksnom budžetu ovog preduzeća podjeljeni su na tekuće i kapitalne troškove. U tekuće troškove ulaze plate zaposlenima, naknade penzionerima, nabavka roba i usluga, transferi, kamate, ulozi korektivni i kompenzatorni troškovima, amortizacija, obnavljanje i poboljšanje, neraspoređeni troškovi. U kapitalne troškove spadaju: formiranje fiksnog kapitala, transferi, učešće i davanje akcionara.

Manjkovi Autonomnog nacionalnog preduzeća za puteve pokrivaju se iz budžeta, a suficit iz aneksnog budžeta unosi se u glavni državni budžet Italije. U slučaju da se manjak iskazan u aneksnom budžetu ovog preduzeća, zbog eventualnog povećanja plata zaposlenih ili drugih opštih troškova, ne može pokriti sredstvima iz budžeta, pokriće se iz rezervnog fonda preduzeća. Rezervni fond će se aktivirati nakon donošenja odluke Ministarstva finansija, a na prijedlog Ministarstva javnih radova. Ova Odluka se prosleđuje Parlamentu Italije kao prilog završnog računa Autonomnog nacionalnog preduzeća za puteve. Sve promjene u budžetu prihoda i rashoda ovog preduzeća po ocjeni i sporazumu Ministarstva finansija, Ministarstva javnih radova i Autonomnog nacionalnog preduzeća za puteve, sprovodi i izvršava sopstvenim odlukama Ministarstvo finansija, koje sačinjava nacrt glavnog državnog budžeta i izvršava budžet. Ovo se odnosi na one promjene koje bi se eventualno mogle desiti u primjeni specifičnih zakonodavnih odluka za realizaciju posebnih programa izgradnje. Ministarstvo finansija je ovlašćeno, na prijedlog Ministarstva javnih radova da izvrši preusmjeravanje sredstava iz nadležnosti i u okviru aneksnog budžeta prihoda i rashoda Autonomnog nacionalnog preduzeća za puteve. Tako, Ministarstvo na rashode aneksnog budžeta preduzeća za puteve raspoređuje uplate prihoda trećih lica izvan budžeta, na primjer po osnovu odštete za štetu prouzrokovanu na putevima, raspoređuje avan-

se po osnovu dogovorenih cijena zakupljivanja i isporuke robe i usluga neophodnih za putnu privredu ili usmjerava dijelu prihoda preduzeća takse koje plaćaju lica na ulazu i dr.

*Azienda di stato per i servizi telefonici* je Autonomno nacionalno preduzeće za telefonske usluge. Ovlašćeno je da prihvati i naplati prihode i obaveže se i plati troškove koji se odnose na određenu budžetsku godinu u skladu sa sopstvenim budžetom prihoda i rashoda dodatim i pripojenim proračunu Ministarstva pošta i telekomunikacija. Znači, i ovo preduzeće ima aneksni budžet, koji je u budžetu Italije prikazan u okviru proračuna prihoda i rashoda Ministarstva pošta i telekomunikacija. Prema tome, i aneksni budžet Autonomnog nacionalnog preduzeća za telefonske usluge jeste sastavni dio budžeta Italije i usvaja ga italijanski Parlament istovremeno kada razmatra i donosi državni budžet. I ovo preduzeće je dužno da ostvarene viškove preko Ministarstva pošta i telekomunikacija ustupi državi.

Autonomno nacionalno preduzeće za telefonske usluge ima tekuće i kapitalne prihode. U tekuće prihode ulaze: prodaja roba i usluga, dotacije iz budžeta, dohodak, ulozi koji se prebijaju sa troškovima, neraspoređeni iznosi. Kapitalni prihodi su prihodi od prodaje nepokretne imovine, amortizacija, obnavljanje i poboljšanje.

Rashodi Autonomnog nacionalnog preduzeća za telefonske usluge su: plate zaposlenima, naknade penzionerima, kupovina roba i usluga, uplata viška preduzeća državnom budžetu preko Ministarstva pošta, kamate, korektivni i kompenzatorni ulog prihoda, amortizacija obnavljanje i poboljšanje.

Dakle, budžeti ovih državnih preduzeća jesu aneksni budžeti u okviru budžeta Italije i usvaja ih italijanski Parlament istovremeno kada usvaja i donosi budžet Italije. Veza aneksnih budžeta sa italijanskim budžetom ostvaruje se na taj način što su ova preduzeća dužna da ostvarene viškove ustupe državi preko nadležnih ministarstava, a manjkove pokrivaju iz sredstava budžeta<sup>13</sup>.

Baveći se pitanjima budžeta Vlada i Parlament Italije odnosno Savezne Republike Njemačke pridržavaju se principa neefektacije ili sveukupnog pokrića. To znači, da u državni budžet unose sve prihode u "gomili" i oni služe za podmirenje svih javnih rashoda. Javni prihodi su nedestinirani i služe za sveukupno pokriće javnih rashoda<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 1996, Ministro del tesoro, Ministro del bilancio e dell'programmazione economica, str. 2–96.

<sup>14</sup> Gordana Paović Jeknić, *Budžetsko pravo*, Univerzitet Crne Gore, Podgorica, 2007, str. 39 i dalje.

Javni prihodi i rashodi su jasno i pregledno klasifikovani i sistematizovani u njemačkom i italijanskom budžetu. Prihodi su prikazani prema svojim izvorima, vrstama, oblicima i podoblicima, a rashodi tekući i kapitalni prema korisnicima i namjenama. Italijanski i njemački budžet, sastavljeni na osnovu jasnih i preciznih kriterijuma klasifikacije i specijalizacije, prema teoretičarima budžetskog prava moraju biti razumljivi svim ljudima osrednje inteligencije i kulture<sup>15</sup>.

Italijanski i njemački budžet, nakon duge parlamentarne rasprave odobravaju se u formi zakona i objavljuju se u Službenom listu. Predlog zakona o državnom budžetu (jednogodišnji i višegodišnji) Vlada Italije je dužna dostaviti Parlamentu do 31. jula u godini koja prethodi godini za koju se budžet donosi. Tako da svi finansijski dokumenti (DEFP, Finansijski zakon, Višegodišnji budžet) dijele procesa budžeta do 30. septembra budu prezentirani Parlamentu. Rasprava o budžetu traje u prosjeku 30 dana. Ustavni rok za odobrenje i donošenje Zakona o budžetu i odobrenje svih ostalih dokumenata je 31. decembar<sup>16</sup>.

Ustav Savezne Republike Njemačke takođe sadrži odredbe o budžetu, počev od toga da su Savez i države nezavisni i autonomni u upravljanju budžetom, posebno afirmišući principe jedinstvenosti i potpunosti i uvodeći institut privremenog finansiranja. Posebno mjesto u Ustavu imaju: budžetsko pravo Parlamenta da svake godine donosi budžet, Savezni revizorski sud kao oblik institucionalne, eksterne, stručne i objektivne kontrole trošenja budžetskih sredstava, kao i pravila o uzimanju kredita od strane države gdje je utvrđeno da se gornja granica uzimanja javnog kredita određuje ukupnim iznosom troškova za investicije predviđene budžetom<sup>17</sup>. Njemačka vlada usvaja nacrt budžeta najčešće početkom avgusta. Savezni kancelar podnosi predlog budžeta Parlamentu do prvog septembra, da bi prije početka naredne budžetske godine Parlament mogao usvojiti Zakon o budžetu. Debata o budžetu (prvo čitanje) najčešće se održava početkom septembra gdje na prvoj sjednici Parlamenta poslije ljetnje pauze, Ministar finansija u svom budžetskom ekspozeu predstavlja osnovne karakteristike predloženog budžeta, poreske i ukupne budžetske politike vlade u narednoj godini (tj. "iznosi budžet na sto"). Njemački budžet se usvaja u formi zakona. Nakon što je usvojen u Saveznom parlamentu, budžet postaje zakon kada ga potpišu Ministar finansija i Savezni kancelar.<sup>18</sup> Parlamentarna rasprava o budžetu i javno objavljivanje znači poštovanje

---

<sup>15</sup> N. Pollari, nav. djelo, str. 159.

<sup>16</sup> V. Temistocle Martines, *Dirito Costituzionale*, ed. Giuffre, Milano, 1992, str. 28 i dalje i F. Zaccaria, *Il bilancio dello Stato*, Torino, 1995, str. 63.

<sup>17</sup> Ustav Savezne Republike Njemačke, čl. 109–115.

<sup>18</sup> Sastav budžeta Savezne Republike Njemačke, *Bundesministerium der Finanzen*, Berlin, 2000, str. 15.

principa javnosti. Princip javnosti danas je izraz političke kontrole predstavničkog organa i ukupne javnosti, koji svojim kritikama i sugestijama utiču na realno planiranje i cjelovito izvršenje budžeta<sup>19</sup>.

Njemački i italijanski budžet se donosi na period od godine dana, a budžetska godina se kao i u većini savremenih država poklapa sa kalendarskom godinom. Ne može se početi finansiranje javnih rashoda, odnosno izvršenje budžeta bez prethodnog odobrenja budžeta od strane Parlamenta. U slučaju da Parlament ne usvoji budžet do 31. decembra, finansiranje se vrši putem budžetskih dvanaestina, najduže do 30. aprila (Italija). Dakle, Parlament odobrava Vladi trošenje najviše jedne dvanaestine sredstava za pokriće troškova za svaki mjesec privremenog finansiranja, iz budžeta čija je procedura usvajanja u toku<sup>20</sup>.

Princip istinitosti i realnosti znači da budžet mora odgovarati istini. Prihodi moraju biti prikazani u realnim iznosima bez uljepšavanja i bez pesimizma, a rashodi prema stvarnim potrebama i poslovima koji su po Ustavu i zakonu dužni izvršavati državni organi kao korisnici budžetskih sredstava.

U budžetima Njemačke i Italije primjenjen je princip budžetske ravnoteže, što zahtijeva podudarnost u kvalitativnom i kvantitativnom smislu između prihoda i rashoda. Tako je italijanskim Zakonom br. 362/1988, regulisana izmjena, odnosno regulisano je uravnoteženje italijanskog budžeta. Zakonom je predviđeno da u junu svake godine, ministar budžeta i ekonomskog programiranja i ministar finansija podnose Parlamentu poseban nacrt zakona u cilju poravnanja iznosa budžeta i uspostavljanja budžetske ravnoteže koja se izmijenila<sup>21</sup>.

Uz navedene budžetske principe i principi štedljivosti, efektivnosti (ekonomičnosti) i efikasnosti, kao i princip dospjelosti, služe ostvarivanju i obezbjeđivanju parlamentarnih funkcija usmjeravanja i kontrolisanja. Ti principi su ustavno i zakonski normirani (član 109, stav 2, Osnovnog zakona Republike Njemačke)<sup>22</sup>.

#### BUDŽETSKI PRINCIPI U BUDŽETU EVROPSKE UNIJE

Budžet Evropske unije je osnovni instrument finansiranja rashoda Evropske unije. Nastaje kao rezultat saradnje i koordinacije tri osnovne institucije: Evrop-

<sup>19</sup> V. Angelamaria Scuderi, *La sessione del bilancio in Parlamento*, Studi parlamentari, Roma, 1991.

<sup>20</sup> P. De Ioanna, *Bilancio dello Stato*, ed. Sole 24 ore, Milano, 1996, str. 122.

<sup>21</sup> G. Vegas, *Il bilancio dello Stato*, Milano, 1995, str. 11–16.

<sup>22</sup> Prezentacija Benjamin-Immanuel Hoff, predsjednika Odbora za budžetsku kontrolu Njemačkog Parlamenta, pred Odborom za privredu, finansije i zaštitu životne sredine Skupštine Crne Gore, Podgorica, 19. jun 2003.

ske komisije, Savjeta ministara i Evropskog parlamenta. Budžet Evropske unije predlaže Evropska komisija a usvajaju ga Savjet ministara i Evropski parlament u tzv. postupku suodlučivanja.

Za razliku od nacionalnih budžeta svojih država članica, budžet Evropske unije ima drugačiju strukturu prihoda i rashoda. Prihode budžeta Evropske unije čine porez na uvoz poljoprivrednih proizvoda i carine na uvoz drugih proizvoda iz država koje nisu članice Evropske unije a koje se prikupljaju na osnovu Zajedničke carinske tarife, dio poreza na dodatu vrijednost kojeg države-članice uplaćuju budžetu Evropske unije, participacija država-članica prema visini svog BDP što predstavlja najvažniji izvor finansiranja rashoda, prihodi od taksa, kamata i sl. Rashode budžeta čine rashodi za realizaciju zajedničke agrarne politike (poljoprivreda i razvoj sela), rashodi za realizaciju zajedničke regionalne, strukturne i kohezione politike, rashodi za realizaciju tehnološke politike Evropske unije, migracije, humanitarna pomoć, obrazovni i kulturni programi, zajednička spoljna i bezbjedonosna politika, troškovi administracije i dr.<sup>23</sup>.

Budžetski principi koji su primjenjeni u budžetu Evropske unije su:

Princip budžetske univerzalnosti (potpunosti) znači da se u budžetu Evropske unije moraju prikazati svi prihodi i svi rashodi tj. da se prihodi i rashodi moraju u cijelosti unijeti u budžet uz poštovanje bruto-metoda kao tehnike u sastavljanju budžeta.

Princip budžetskog jedinstva zahtjeva da budžetski prihodi i rashodi moraju biti iskazani u jednom jedinstvenom budžetskom aktu – jednom dokumentu čime se postiže veća preglednost budžeta i potpunija i uspješnija kontrola.

U budžetu Evropske unije primjenjen je princip jednogodišnjosti budžeta, koji određuje dužinu trajanja budžeta. Tako se budžet Evropske unije donosi za jednu godinu dana. Budžetska godina se poklapa sa kalendarskom godinom (1. januar–31. decembar). Pored jednogodišnjeg budžeta, Evropska unija ima i višegodišnji budžet tj. finansijsku perspektivu, koji predstavlja okvirni pregled prihoda i rashoda narednih nekoliko godina (najmanje pet a najčešće sedam godina). Značaj finansijske perspektive proizilazi iz činjenice da se njom utvrđuje maksimalni iznos ili “plafon” do kojeg mogu da se kreću rashodi godišnjih budžeta, čime se postiže budžetska disciplina i prati rast budžetskih rashoda. Na princip jednogodišnjosti nadovezuje se princip prethodnog odobrenja budžeta jer odobrenje i usvajanje budžeta Evropske unije od strane Evropskog parlamenta mora da prethodi njegovom izvršenju. Za izvršenje budžeta nadležna je Evropska komisija. U slučaju da se budžet ne usvoji do 1. januara, do donošenja novog bu-

---

<sup>23</sup> V. Jure Šimović, Hrvoje Šimović, *Fiskalni sastav i fiskalna politika Evropske unije*, Zagreb, 2006, str. 3–32; Miroslav Prokopijević, *Evropska unija*, Beograd, 2005.

džeta koristi se institut privremenog finansiranja, tako što se za svaki mjesec troši najviše 1/12 sredstava budžeta iz prethodne godine.

U budžetu Evropske unije prihodi i rashodi su uravnoteženi, ukupna masa prihoda jednaka je ukupnoj masi rashoda i ne dopušta se finansiranje zaduživanjem. Ako dođe do budžetskog suficita on se prenosi u narednu budžetsku godinu kao prihod, dok se deficit prenosi u narednu godinu kao budžetski rashod.

U budžetu Evropske unije poštuje se princip budžetske neefektacije ili sveukupnog pokrića, koji podrazumjeva da se svi prihodi slivaju u budžet i služe finansiranju svih planiranih budžetskih rashoda (važi pravilo nedestiniranosti prihoda).

Princip obračunske jedinice znači da budžet mora biti iskazan u eurima. Dok princip budžetske tačnosti podrazumjeva da se što tačnije i realnije planiraju svi budžetski prihodi i rashodi.

Princip transparentnosti u budžetu Evropske unije postiže se tako što se prihodi iskazuju prema svojim izvorima, a rashodi prema korisnicima i namjenama radi jasnoće i preglednosti budžeta. Konačno, princip razumnog finansijskog upravljanja ostvaruje se na način da se efikasno, ekonomično i efektivno troši novac građana država članica Evropske unije<sup>24</sup>.

Evropska unija ima sistem budžetske kontrole kojeg čine različiti oblici i vrste kontrole. Počev od Finansijskih kontrolora (unutrašnja i preventivna kontrola) pa do Računskog suda Evropske unije (eksterna, nezavisna, stručna i objektivna budžetska kontrola) i Evropskog parlamenta (politička budžetska kontrola prilikom usvajanja završnog računa budžeta Evropske unije).

## ZAKLJUČAK

Budžet je plan prihoda i rashoda države kojeg donosi parlament za period od godinu dana. Budžet Crne Gore je potpun dokument, sačinjen po principu budžetskog jedinstva (jedan budžetski akt). U budžetu Crne Gore primjenjeni su principi realnosti, neefektacije, jasnoće i javnosti kao i svi dinamički principi. Pored jednogodišnjeg budžeta, Evropska unija ima i višegodišnji budžet tj. finansijsku perspektivu, koji predstavlja okvirni pregled prihoda i rashoda narednih nekoliko godina. Odstupanje od principa budžetskog jedinstva u budžetu Italije čine aneksni budžeti autonomnih nacionalnih preduzeća za puteve i za telefonske usluge. Italijanski i njemački budžet se donosi na period od godine dana a budžetska godina se poklapa sa kalendarskom godinom.

---

<sup>24</sup> Gordana Đurović, *Evropska unija i Crna Gora*, Podgorica, 2012, str. 21–30; Dragan Đurić, *Koheziona politika i pretprijetupna podrška Evropske unije*, Podgorica, 2009, str. 59–72.

GORDANA PAOVIĆ JEKNIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Podgorica  
University of Montenegro

APPLICATION OF BUDGETARY PRINCIPLES IN BUDGETARY LAW  
OF MODERN COUNTRIES AND THE BUDGET  
OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The budget is a plan of revenue and expenditure of the state, adopted by the parliament for a period of one year. The Budget of Montenegro is a whole document, composed according to the budgetary principle of unity (one budget act). The Budget of Montenegro is also composed in accordance with the budgetary principles of universality, accuracy, specification and transparency, as well as with all dynamic principles. In addition to the one-year budget, the European Union also has a multi-year budget, ie a financial perspective, which is a tentative overview of revenue and expenditure over the next few years. There is an exception to the budgetary principle of unity in the Budget of Italy presented with the Annex Budget of the autonomous public road company and the public telephone company of Italy. The Italian and German budgets are adopted for a period of one year and the budget year coincides with the calendar year.

*Key words:* Budget, Parliament, budgetary principles





LIDIJA ŽIVKOVIĆ

## REŠAVANJE SPOROVA POVODOM DVOSTRUKOG OPOREZIVANJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

*Pravna sredstva predviđena nacionalnim zakonodavstvom, zbog svoje jednostrane prirode, po pravilu, nisu uspešna u otklanjanju slučajeva međunarodnog dvostrukog oporezivanja. U okvirima jedinstvenog tržišta, poreskim obveznicima su, donedavno, za rešavanje takvih slučajeva na raspolaganju bili isključivo mehanizmi predviđeni instrumentima međunarodnog javnog prava – Arbitražnom konvencijom i poreskim ugovorima koje su članice Unije zaključile između sebe, a koji su bili nedovoljno pouzdani.*

*Promenjene društvene okolnosti omogućile su formulisanje novog pravnog okvira za rešavanje poreskih sporova u formi obavezujućeg akta sekundarnog prava Unije – Direktive o mehanizmima rešavanja poreskih sporova u EU. Nakon sprovedene uporedne analize postojećih mehanizama na raspolaganju poreskim obveznicima u EU, autorka zaključuje da Direktiva donosi značajan napredak, budući da svojim proceduralnim pravilima i uspostavljanjem nadležnosti Suda pravde EU garantuje daleko veću efikasnost u otklanjanju dvostrukog oporezivanja, te unapređuje pravnu sigurnost. Autorka, potom, ukazuje na nedostatke mehanizama rešavanja poreskih sporova u Republici Srbiji i zaključuje da je neophodno Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji regulisati proceduralni okvir u kome bi se odvijao MAP, a da bi za takav poduhvat kao uzor mogle da posluže odredbe Direktive.*

*Ključne reči: dvostruko oporezivanje, postupak zajedničkog dogovaranja (MAP), poreska arbitraža, arbitražna konvencija, direktiva o mehanizmima rešavanja poreskih sporova u EU*

### U V O D

Dvostruko oporezivanje je u suprotnosti sa samom idejom jedinstvenog tržišta, budući da predstavlja prepreku za prekograničnu razmenu dobara i usluga,

---

Lidija Živković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Identitetski preobražaj Srbije" za 2019. godinu.

kao i za kretanje kapitala i radne snage. I pored toga, pravo Evropske unije (*dalje*: EU) ne sadrži nikakav propis koji bi eksplicitno zabranjivao dvostruko oporezivanje uzrokovano simultanim vršenjem subjektivnih poreskih prava nacionalnih poreskih jurisdikcija.<sup>1</sup>

Pravna sredstva predviđena nacionalnim zakonodavstvom po pravilu su neuspešna u rešavanju slučajeva dvostrukog oporezivanja. Razlog tome je okolnost da eventualno uspešno rešenje takvog spora pred nacionalnim sudom jedne države ne obavezuje drugu poresku jurisdikciju u konkretnom slučaju.<sup>2</sup> Shodno tome, kako bi se poreskim obveznicima u EU pružila adekvatna zaštita u opisanim okolnostima, ustanovljeni su dodatni mehanizmi za rešavanje sporova nastalih povodom dvostrukog oporezivanja. Ipak, nije prestrogo reći da je, donedavno, sistem rešavanja sporova u navedenoj materiji u okvirima jedinstvenog tržišta bio na krajnje nezadovoljavajućem nivou.

Modifikacije postojeće mreže ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja (*dalje*: poreski ugovori) koje predstoje u kontekstu implementacije BEPS (eng. *Base Erosion and Profit Shifting*) akcionog plana, neizbežno će doprineti povećanju broja sporova između poreskih organa različitih država, nastalih u vezi sa njihovom primenom.<sup>3</sup> Sa ciljem da na adekvatan način odgovore na izmenjene okolnosti, institucije EU su preduzele značajan korak u pravcu unapređenja postojećeg sistema rešavanja sporova u poreskoj materiji, usvojivši Direktivu o mehanizmima rešavanja poreskih sporova u EU (*dalje*: Direktiva).<sup>4</sup>

## MEHANIZMI REŠAVANJA SPOROVA POVODOM DVOSTRUKOG OPOREZIVANJA U EU

### *Mehanizam predviđen poreskim ugovorima*<sup>5</sup>

Najstariji mehanizam rešavanja sporova u poreskoj materiji na raspolaganju poreskim obveznicima u EU je tzv. postupak zajedničkog dogovaranja (eng. *Mu-*

<sup>1</sup> Paragraf 38 presude Evropskog suda pravde, C-234/99 Nygård, od 23. aprila 2002.

<sup>2</sup> CFE Fiscal Committee, Opinion Statement FC 4/2017 on the proposed Directive on Double Taxation Dispute Resolution Mechanisms in the European Union, 23 May 2017, 3.

<sup>3</sup> Pojedini autori idu, čak, toliko daleko da predviđaju "cunamije novih sporova" kao nuspojavu implementacije BEPS projekta. Michael Lang, Jeffrey Owens, "Preface", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2015, xxiii.

<sup>4</sup> Council Directive (EU) 2017/1852 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union, od 10. oktobra 2017.

<sup>5</sup> Modifikacije koje će pretrpeti postojeća mreža poreskih ugovora u EU primenom Multilateralne konvencije za implementaciju mera vezanih za ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja usmerenih protiv erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti (*dalje*: Multilateralni instrument) nisu predmet analize ovog rada.

tual Agreement Procedure, MAP – dalje: MAP) predviđen poreskim ugovorima, koje članice Unije zaključuju na bilateralnoj ili, izuzetno, multilateralnoj osnovi.<sup>6</sup> Reč je o postupku namenjenom rešavanju slučajeva u kojima je poreski obveznik oporezovan suprotno odredbama konkretnog poreskog ugovora. MAP je zamišljen kao dijalog nadležnih poreskih organa koji se odvija bez previše formalnosti. Ipak, taj mehanizam ima brojne nedostatke koji umnogome umanjuju njegovu učinkovitost. Suštinski, u pitanju je politički, a ne pravni instrument,<sup>7</sup> jer se spor nastoji rešiti sporazumevanjem nadležnih poreskih organa država ugovornica. Izostaje obaveza nadležnih organa da do rešenja zaista i dođu. Osim toga, nije propisan rok u kome bi postupak sporazumevanja morao biti okončan, bez obzira na to da li je rešenje postignuto ili ne. U takvim okolnostima, postupci uglavnom traju po nekoliko godina, često i bez otklanjanja dvostrukog oporezivanja. Formalnopravno, poreski obveznik nije stranka u postupku. Osim mogućnosti da inicira postupak i nadležnim organima dostavi informacije neophodne za odlučivanje, njegova uloga je sasvim pasivna i nisu propisani nikakvi instrumenti zaštite njegovih prava. Potpuno odsustvo transparentnosti postupka ostavlja nadležnim poreskim organima prostor za (zlo)upotrebu širokih diskrecionih ovlašćenja.<sup>8</sup>

Pojedini poreski ugovori zaključeni između država-članica sadrže, kao nadgradnju MAP-a, tzv. arbitražnu klauzulu. Njome se nalaže pristupanje rešavanju spora nastalog povodom dvostrukog oporezivanja pred arbitražnim telom, u slučaju da nadležni poreski organi ne postignu sporazum u preciziranom (dvo-godišnjem) roku.<sup>9,10</sup> U tom smislu, ona nije alternativni, već dopunski mehanizam rešavanja sporova, primenljiv isključivo u situacijama neuspešnog okončanja MAP-a.<sup>11</sup> Premda je osnovni motiv ugovaranja arbitražne klauzule da se MAP

---

<sup>6</sup> MAP u poreskim ugovorima je koncipiran, po pravilu, na bazi čl. 25 Model-konvencije Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) ili čl. 25 Model-konvencije Ujedinjenih nacija (UN), koje predstavljaju mustre na osnovu kojih se takvi ugovori zaključuju širom sveta.

<sup>7</sup> CFE Fiscal Committee, 4.

<sup>8</sup> Pasquale Pistone, "EU Cross-Border Tax Disputes Settlement" (eds. P.J. Wattel, O. Marres, H. Vermeulen) *European Tax Law – General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, Deventer 2018, 337.

<sup>9</sup> Arbitražna klauzula postala je sastavni deo Model-konvencije OECD-a tek 2008. godine, dok je, uz manje izmene, u Model-konvenciju UN-a uvedena revizijom iz 2011. godine.

<sup>10</sup> Napominjemo da je samo 16 od 28 država-članica pristalo da svoje postojeće ugovore modifikuje uključivanjem arbitražnog postupka predviđenog Multilateralnim instrumentom. To su: Austrija, Belgija, Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Nemačka, Portugal, Slovenija, Ujedinjeno Kraljevstvo, Finska, Francuska, Holandija, Švedska i Španija.

<sup>11</sup> Paragraf 64 Komentara uz čl. 25 Model-konvencije OECD-a iz 2017. godine.

učini efikasnijim, i ovaj mehanizam karakterišu ozbiljni nedostaci.<sup>12</sup> Najznačajniji problem leži u činjenici da države u arbitražnoj klauzuli vide ograničenje svoje fiskalne suverenosti, budući da ona podrazumeva da odlučivanje o poreskim pitanjima na sebe preuzima nezavisno telo – arbitražni panel.<sup>13</sup> Otuda je broj država-članica koje su (bile) spremne da u svojim ugovorima predvide arbitražnu klauzulu iznimno mali.<sup>14,15</sup>

### Arbitražna konvencija

Svesna neefikasnosti prethodno opisanog mehanizma, Evropska komisija je još pre više od četiri decenije započela rad na formulisanju supranacionalnih propisa, koji bi olakšali rešavanje sporova povodom dvostrukog oporezivanja u okvirima jedinstvenog tržišta. Inicijalni pokušaj da se zajednički mehanizam uspostavi usvajanjem direktive 1976. godine bio je neuspešan usled protivljenja većine članica Unije.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Detaljna analiza nedostataka arbitraže, kako iz ugla poreskog obveznika, tako i iz ugla poreskih organa prikazana je u: Jasmin Kollmann, Laura Turcan, "Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens), IBFD, Amsterdam 2015, 40-47.

<sup>13</sup> O opravdanosti takvog stanovišta vid.: Dejan Popović, Gordana Ilić Popov, "Arbitraža u međunarodnom poreskom pravu: pravne prepreke za ugovaranje", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2018, 58-63.

<sup>14</sup> U literaturi se s pravom dovodi u pitanje adekvatnost upotrebe termina "arbitraža" u kontekstu opisanog mehanizma. Za razliku od komercijalne arbitraže koja je alternativni način rešavanja sporova, putem koga zainteresovane strane mogu sasvim samostalno (u odnosu na državni aparat) da reše konkretni spor, poreska arbitraža je samo dopunski mehanizam primenljiv isključivo u situaciji kada nadležni poreski organi ne postignu saglasnost o rešenju spora u propisanom roku. Osim toga, za razliku od komercijalne arbitraže, koja rezultira donošenjem arbitražne odluke, poreska arbitraža okončava se donošenjem "mišljenja" u odnosu na koje poreskim organima država ugovornica može biti dato pravo da odstupe, ukoliko se naknadno sporazumeju oko drugačijeg načina otklanjanja dvostrukog oporezivanja. Takođe, za razliku od arbitražne odluke, "mišljenje" može biti predmet naknadnog sudskog preispitivanja. Vid.: Sriram P. Govind, Laura Turcan, "The Changing Contours of Dispute Resolution in the International Tax World: Comparing the OECD Multilateral Instrument and the Proposed EU Arbitration Directive", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, No. 3/4, 22 February 2017, online version, section 2.3, fn. 15; Jeffrey Owens, "Mandatory Tax Arbitration – The Next Frontier Issue", *Intertax*, Vol. 46, Issue 8–9, 611.

<sup>15</sup> Samo 20 poreskih ugovora od ukupno 371 u primeni između članica Unije predviđa neki oblik arbitražne klauzule. Harm Mark Pit, "Commission Initiative to Improve Dispute Settlement Mechanisms within the European Union – The EU Arbitration Convention (90/436)", *European Taxation*, November 2016, 521.

<sup>16</sup> Luc Hinnekens, "The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC", *Intertax*, Vol. 32, Issue 11, 2009, 606.

Nakon dugih pregovora, predlog direktive preformulisan je u tekst multilateralne konvencije, koja je potpisana 23. jula 1990. godine.<sup>17</sup> Tzv. Arbitražna konvencija stupila je na snagu tek 1. januara 1995. godine, nakon što su je ratifikovali nacionalni parlamenti svih 12 država-članica. Njen pravni osnov bio je čl. 293, st. 2 Ugovora o Evropskoj zajednici, koji je nalagao državama-članicama da, u meri u kojoj je to neophodno za dobrobit njihovih državljana, stupaju u međusobne pregovore radi otklanjanja dvostrukog oporezivanja.<sup>18</sup> Kao multilateralna konvencija zaključena između država-članica, ona, strogo posmatrano, ne predstavlja deo prava EU.<sup>19</sup> Ipak, sastavni je deo *acquis communautaire*.<sup>20</sup>

Shodno tome, tumačenje njenih odredaba nije u nadležnosti Suda pravde EU, već isključivo nacionalnih sudova država-članica.<sup>21</sup> Naknadna proširenja EU podrazumevala su zaseban postupak ratifikacije Arbitražne konvencije u svakoj od novih članica, budući da one nisu automatski, samim pristupanjem EU postale njome obavezane.<sup>22</sup>

Najvažniji nedostatak Arbitražne konvencije jeste njeno izuzetno usko polje primene. Postupak koji ona propisuje primenljiv je isključivo za rešavanje slučaje-

---

<sup>17</sup> Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises: 90/436/EEC, Official Journal of the EC L 225/10, 20.8.1990 (*dalje*: Arbitražna konvencija).

<sup>18</sup> Navedena odredba uklonjena je usvajanjem Lisabonskog sporazuma. Kao razlozi za nje-no brisanje u literaturi su navođeni, pre svega, problemi u tumačenju koje je njena formulacija pro-uzrokovala, ali i bojazan da navedena odredba umanjuje verovatnoću postizanja saglasnosti oko usvajanja direktive u navedenoj oblasti, kao daleko učinkovitijeg instrumenta harmonizacije pore-skog prava država-članica Unije. L. Hinnekens, 602.

<sup>19</sup> V. čl. 288 Ugovora o funkcionisanju EU, koji propisuje pravne akte Unije i definiše njihova pravna dejstva. Upor.: Daniele De Carolis, "The European Arbitration Convention on Transfer Pricing: Legal Fossil or Instrument of New European Governance?" *Intertax*, Vol. 41, Issue 5, 2013, 310.

<sup>20</sup> *Acquis communautaire* obuhvata, pored izvora primarnog i sekundarnog prava EU, deklaracije, rezolucije, međunarodne sporazume, odluke Suda pravde EU, instrumente u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova, kao i instrumente zajedničke spoljne i bezbednosne politike. Vid. detaljnije: Vaughne Miller, SN/ IA/5944, House of Commons Library, 2011, 2, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN05944/SN05944.pdf>, 2. maj 2019.

<sup>21</sup> Mariana Helminen, *EU Tax Law – Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2018, 338. Upra-vo ta okolnost bila je odlučujući razlog zbog koga su se države-članice protivile predlogu direktive i naknadno odlučile da ga preformulišu u multilateralnu konvenciju. Takav zaključak nameće se posebno imajući u vidu da su države-članice odbile da potpišu protokol kojim bi bila ustanovljena nadležnost Suda pravde EU u slučaju njihovih sporova o primeni Arbitražne konvencije. L. Hinnekens, 603.

<sup>22</sup> V. detaljnije: Ben J.M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 6th ed. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2012, 707-708.

va dvostrukog oporezivanja uzrokovano korekcijama izvršenim na osnovu nacionalnih propisa o transfernim cenama.<sup>23</sup>

Dvostruko oporezivanje koje je rezultat drugačijih okolnosti (npr. sukoba oko karakterizacije oblika prihoda, utvrđivanja izvora prihoda ili dvojnog rezidentstva poreskog obveznika) nije u domenu njene primene.<sup>24</sup> U tom smislu, od samog početka je bilo jasno da Arbitražna konvencija predstavlja tek prvi korak u izgradnji efikasnog mehanizma rešavanja sporova u poreskoj materiji u EU.

*Direktiva o mehanizmima rešavanja  
poreskih sporova u EU*

*Pravna priroda i domen primene.* – Period koji je usledio nakon globalne ekonomske krize 2008. godine obeležile su reforme poreskih propisa u čijem fokusu je borba protiv izbegavanja poreza i agresivnog poreskog planiranja. Pod pritiskom javnosti nezadovoljne doprinosom multinacionalnih kompanija i najbogatijih pojedinaca nacionalnim fiskusima država-članica, na nivou Unije usvojeno je nekoliko legislativnih akata koji su u znatnoj meri proširili subjektivna poreska prava država-članica i ojačali poziciju njihovih poreskih organa.<sup>25</sup> Nasuprot tome, zanemarene su propratne mere koje bi zaštitu prava poreskih obveznika unapredile na odgovarajući nivo. U tom smislu, Direktiva predstavlja za sada prvi i jedini akt kojim se nastoji premostiti opisani raskorak. Novonastale društvene okolnosti i svest o nužnosti koordinisanog i ujednačenog pristupa svih članica Unije, najzad su omogućile formulisanje novog mehanizma rešavanja sporova u materiji direktnog oporezivanja u formi akta sekundarnog prava EU.

Pravna priroda Direktive umnogome se razlikuje u odnosu na pravnu prirodu Arbitražne konvencije. Njen pravni osnov, kao i u slučaju drugih akata sekundarnog prava EU u materiji direktnog oporezivanja, pronađen je u čl. 115 Ugovora o funkcionisanju EU (*dalje*: Ugovor).<sup>26</sup> U skladu sa čl. 267, st. 1, tač. b)

---

<sup>23</sup> V. detaljnije: Gordana Ilić Popov, "Arbitražni postupak u sporovima oko transfernih cena u poreskom pravu Evropske unije", *Pravo i privreda*, 7-9/2018, 9–20.

<sup>24</sup> M. Helminen, 339.

<sup>25</sup> Council Directive (EU) 2015/2376 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, Council Directive (EU) 2016/1164 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, Council Directive (EU) 2017/952 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries, Council Directive (EU) 2018/822 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements.

<sup>26</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 326 od 26. oktobra 2012.

Ugovora, tumačenje odredaba Direktive je u nadležnosti Suda pravde EU. Konačno, čl. 258, st. 2 Ugovora ovlašćuje Evropsku komisiju da inicira postupak pred Sudom pravde EU protiv članice Unije koja nije implementirala odredbe Direktive na adekvatan način. Shodno tome, za razliku od Arbitražne konvencije, Direktiva je pravno obavezujući instrument. Rezultat je pravni okvir čiju primenu podupire institucionalni aparat Unije, i koji omogućava harmonizovan pristup njenih članica rešavanju sporova u poreskoj materiji.

Glavno poboljšanje ogleđa se u vrlo širokom domenu primene Direktive. Sporovi na koje se primenjuje njome propisan mehanizam tiču se tumačenja i primene ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine.<sup>27</sup> Termin "dvostruko oporezivanje" definisan je veoma široko, tako da, tumačen u skladu sa ciljem i svrhom Direktive može adresovati raznovrsne situacije dvostrukog oporezivanja, koje su ranije ostajale nerešene.<sup>28</sup>

*Faza iniciranja MAP-a.* – Značajan napredak u odnosu na rešenja sadržana u postojećim mehanizmima rešavanja sporova uočava se u načinu na koji je regulisana faza iniciranja MAP-a. Direktiva predviđa da postupak rešavanja konkretnog spora može inicirati "svako lice, uključujući fizičko, koje je poreski rezident države-članice i čije oporezivanje direktno zavisi od rešenja spornog pitanja" (dalje: zainteresovano lice ili poreski obveznik).<sup>29</sup> Zainteresovano lice dužno je da istovetni zahtev za iniciranje postupka simultano podnese nadležnim organima obe države ugovornice.<sup>30</sup> Mišljenja smo da opisano rešenje, iako stvara dodatni administrativni teret za poreskog obveznika, smanjuje mogućnost odugovlačenja postupka, zato što obavješćavanje o novom slučaju ne zavisi od ažurnosti nadležnih organa. Direktiva eksplicitno propisuje samo tri razloga zbog kojih nadležni organi mogu odbaciti zahtev zainteresovanog lica, čime znatno sužava prostor za njihovo arbitrarno postupanje u poređenju sa ostalim mehanizmima rešavanja sporova.<sup>31</sup> Tako, razlog za odbačaj može biti: 1) neblagovremenost zahteva,<sup>32</sup> 2) nepotpunost zahteva<sup>33</sup> i 3) nepostojanje spornog pitanja u konkretnom slučaja-

---

<sup>27</sup> Čl. 1 Direktive.

<sup>28</sup> Filip Debelva, Joris Luts, "The European Commission's Proposal for Double Taxation Dispute Resolution: Turning the Tide?", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, No. 5, 2017, published online 6 April 2017, section 4.

<sup>29</sup> Čl. 2, st. 1, tač. d) Direktive.

<sup>30</sup> Čl. 3, st. 1 Direktive.

<sup>31</sup> V. npr. čl. 6, st. 2 Arbitražne konvencije.

<sup>32</sup> Kao i u slučaju drugih mehanizama, poreski obveznik može podneti zahtev u roku od 3 godine od dana kada je saznao za sporno pitanje.

<sup>33</sup> Direktiva u čl. 3, st. 3 detaljno propisuje informacije koje mora sadržati zahtev da bi ispunjavao uslov formalne ispravnosti.

ju. Navedeno preciziranje je od posebnog značaja za unapređenje pravne sigurnosti i zaštitu prava poreskih obveznika, koji su se do sada susretali sa neujednačenom i potpuno netransparentnom praksom nadležnih organa različitih država.<sup>34</sup>

Za odlučivanje o formalnoj ispravnosti zahteva poreskim organima je ostavljen rok od šest meseci. Čutanje uprave smatra se prihvatanjem zahteva.<sup>35</sup> U slučaju da nadležni organi obe države ugovornice odbace zahtev, zainteresovano lice ima pravo da se obrati sudskim organima države svog rezidentstva.<sup>36</sup> U poređenju sa ostalim mehanizmima rešavanja sporova, jedino Direktiva eksplicitno priznaje poreskom obvezniku pravo da preispita odluku nadležnih organa o formalnoj ispravnosti njegovog zahteva.

Nakon što ustanovi da je zahtev formalno ispravan, nadležni organ može, pre isteka prethodno navedenog roka, samostalno odlučiti o suštini zahteva i otkloniti dvostruko oporezivanje. Ukoliko, pak, sporno pitanje nije moguće rešiti unilateralno, pokreće se MAP.

*MAP.* – Po svojoj prirodi, MAP koji propisuje Direktiva ne razlikuje se od MAP-a sadržanog u Arbitražnoj konvenciji i poreskim ugovorima. No, postoji nekoliko razlika u načinu na koji je uređen okvir u kome se ovaj postupak odvija.

Direktivom je propisan rok od dve godine u kome nadležni organi imaju nastojati da dođu do rešenja konkretnog spora.<sup>37</sup> Za razliku od Arbitražne konvencije i poreskih ugovora, Direktiva ostavlja mogućnost nadležnim organima da propisani rok produže još najviše godinu dana.

Pojedini autori ističu da navedena novina predstavlja korak unazad u poređenju sa ranije postojećim rešenjima.<sup>38</sup> Premda nesporno utiče nepovoljno na efikasnost postupka, mišljenja smo da je tim rešenjem “uslišena” želja država-članica za što manjim ograničavanjem njihovog fiskalnog suvereniteta. Takođe, produžavanje roka za pregovore moglo bi ukazati na to da su nadležni organi nadomak rešenja spornog pitanja, te da nije neophodno prepustiti njegovo rešavanje arbitražnom panelu. Konačno, period od godinu dana čini se razumnim ako se u ob-

<sup>34</sup> V. S.P. Govind, L. Turcan, section 3.3.2. fn. 81.

<sup>35</sup> Čl. 3, st. 5 i čl. 5, st. 2 Direktive.

<sup>36</sup> Čl. 5, st. 3 Direktive. Ukoliko zahtev odbace nadležni organi samo jedne od država ugovornica, zainteresovano lice može zahtevati uspostavljanje Savetodavne komisije, koja će odlučiti o formalnoj ispravnosti njegovog zahteva.

<sup>37</sup> Čl. 4 Direktive. Napominjemo da se računanje početka navedenog roka vezuje za moment obaveštavanja zainteresovanog lica o formalnoj ispravnosti zahteva, što znači da se u rok uračunava i eventualno unilateralno odlučivanje poreskih organa.

<sup>38</sup> P. Pistone, 357.



zir uzme prosečno trajanje MAP-a (30 meseci u slučaju sporova oko primene propisa o transfernim cenama, 17 meseci u ostalim slučajevima).<sup>39</sup>

Direktiva propisuje i obavezu nadležnih organa da bez odlaganja obaveste zainteresovano lice o ishodu pregovora, uz navođenje razloga u slučaju eventualnog neuspešnog okončanja MAP-a.<sup>40</sup> Kada nadležni organi postignu sporazum, on može biti implementiran isključivo ukoliko se zainteresovano lice sa njim saglasi. Ukoliko, pak, do sporazumnog rešenja ne dođe u propisanom roku, zainteresovano lice može pokrenuti postupak arbitražnog rešavanja spora upućivanjem zahteva nadležnim organima.<sup>41</sup> Arbitražna konvencija u identičnoj situaciji podrazumeva automatski prelazak na postupak arbitraže.<sup>42</sup> Smatramo da je rešenje koje sadrži Direktiva primerenije, imajući u vidu činjenicu da je cilj arbitraže zaštita interesa poreskog obveznika, a ne bespogovorno otklanjanje dvostrukog oporezivanja.

*Arbitražno rešavanje spora.* – Arbitražno rešavanje spora je u rukama tzv. Savetodavne komisije (eng. *Advisory Commission*), koja ima obavezu da dostavi svoje mišljenje o konkretnom slučaju nadležnim organima u roku od šest meseci od dana kada je utvrđen njen sastav.<sup>43</sup> Direktivom se propisuju daleko detaljnija pravila postupka za određivanje sastava Savetodavne komisije, od čega posebnu važnost imaju precizno propisani rokovi.<sup>44</sup> Time se u značajnoj meri unapređuje efikasnost rešavanja sporova u poređenju sa mehanizmima sadržanim u Arbitražnoj konvenciji i poreskim ugovorima. I Direktiva, kao i ostali mehanizmi, predviđa učešće predstavnika nadležnih organa u sastavu Savetodavne komisije. Takav pristup kritikovan je zato što otežava postizanje sporazuma, budući da je malo verovatno da će predstavnici nadležnih organa odstupiti od stavova zauze-

---

<sup>39</sup> OECD, Mutual Agreement Procedure Statistics for 2017, <http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics.htm>, 13. maj 2019.

<sup>40</sup> Čl. 4, st. 2 i 3 Direktive.

<sup>41</sup> Čl. 4, st. 2 i čl. 6, st. 1, tač. b) Direktive.

<sup>42</sup> Čl. 7, st. 1 Arbitražne konvencije.

<sup>43</sup> Čl. 14, st. 1 Direktive.

<sup>44</sup> Reč je ne samo o rokovima koji imaju za cilj da primoraju nadležne organe na efikasno postupanje, već i rokovima koji se nameću radnjama poreskog obveznika. Primera radi, poreski obveznik dužan je da zahteva formiranje Savetodavne komisije u roku od 50 dana od dana kada je obavешten o neuspešnom okončanju MAP-a, a nadležni organi dužni su da obrazuju Savetodavnu komisiju u roku od 120 dana od dana prijema takvog zahteva. Vid. čl. 6, st. 1 Direktive.

tih u prethodnoj fazi postupka.<sup>45,46</sup> Nesporno je, ipak, da su oni najbolje upoznati sa činjenicama konkretnog slučaja jer su se njime bavili u prethodnom dvogodišnjem periodu, te se ne može zanemariti njihov doprinos radu Savetodavne komisije. U tom kontekstu, idealno rešenje sa stanovišta efikasnosti postupka podrazumevalo bi njihovo učešće bez prava glasa.<sup>47</sup> Nažalost, države-članice još uvek nisu spremne da fiskalna pitanja u potpunosti prepuste odlučivanju nezavisnih lica. Nagoveštaj da Direktiva ipak predstavlja zaokret u pravom smeru ogleda se u načelnom smanjenju broja predstavnika nadležnih organa u sastavu Komisije u odnosu na broj propisan Arbitražnom konvencijom. U svakom slučaju, smanjenje ukupnog broja arbitara treba pozdraviti, budući da veći broj arbitara znači sporije, skuplje i teže pregovore.<sup>48</sup> Direktiva, kao ni ostali mehanizmi, ne pruža zainteresovanom licu pravo da imenuje niti jednog od arbitara, što ne čudi ako se ima u vidu funkcija poreske arbitraže kao nadgradnje MAP-a, koji po svojoj prirodi predstavlja postupak između predstavnika dveju država i u kome poreski obveznik formalno gledano nije stranka.<sup>49</sup>

Direktiva na specifičan način reguliše odabir metoda arbitražnog odlučivanja. Kao osnovni pristup određen je metod “nezavisnog mišljenja” (eng. *independent opinion method*) koji primenjuje Savetodavna komisija. Pored toga, dozvoljena je i primena bilo kog drugog alternativnog mehanizma ili tehnike rešavanja sporova,<sup>50</sup> od strane posebno uspostavljene Komisije za alternativno rešavanje sporova (eng. *Alternative Dispute Resolution Commission*), pod uslovom da se o tome u konkretnom slučaju saglase nadležni organi država-ugovornica. Reč je o metodima koji su fleksibilniji, manje kompleksni i, posledično, jeftiniji od metoda “nezavisnog mišljenja”. I u ovom domenu Direktiva predstavlja napredak u odno-

<sup>45</sup> Sven-Olof Lodin, “The Arbitration Convention in Practice”, *Intertax*, Vol. 42, Issue 3, 2014, 173.

<sup>46</sup> David Tillinghast, “Issues in the Implementation of the Arbitration of Disputes Arising Under Income Tax Treaties”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol 56, No. 3, 2002, 97.

<sup>47</sup> S.O. Lodin, 174.

<sup>48</sup> D. Tillinghast, 97.

<sup>49</sup> Elizabeth Snodgrass, “Tax Controversies and Dispute Resolution under Tax Treaties: Insights from the Arbitration Sphere”, *Derivatives & Financial Instruments*, Vol. 19, No. 5, published online 2 October 2017, section 4.2.

<sup>50</sup> Posebno je precizirano da se pod alternativnim mehanizmom podrazumeva, između ostalog, i metod “poslednje najbolje ponude” (eng. *last best offer method*), koji predstavlja standardni metod u model-konvencijama OECD-a i UN-a. Primena tog metoda podrazumeva da arbitri ograničavaju svoju odluku na izbor između dva suprotstavljena stava nadležnih organa, bez upuštanja u nezavisnu analizu konkretnog slučaja.

su na Arbitražnu konvenciju koja uopšte nije propisivala metod arbitražnog odlučivanja.

Savetodavna, odn. Komisija za alternativno rešavanje sporova ima rok od šest meseci za dostavljanje mišljenja o rešenju konkretnog spora nadležnim organima. Za razliku od Arbitražne konvencije, Direktiva dozvoljava produženje navedenog roka u trajanju od tri meseca. Ova novina, premda potencijalno produžava ukupno trajanje postupka, čini se opravdanom zato što uzima u obzir da inicijalni rok ne mora biti dovoljan za razmatranje kompleksnijih slučajeva. Dostavljanje mišljenja nadležnim organima predstavlja kraj arbitražnog odlučivanja, ali ne i konačno rešenje slučaja. Mišljenje predstavlja samo predlog kako bi konkretan slučaj trebalo rešiti. Nadležni organi mogu, tokom perioda od šest meseci od dana kada im je saopšteno mišljenje, da odluče o drukčijem rešenju spornog pitanja u odnosu na predloženo.<sup>51</sup> Tek ukoliko ne uspeju da se sporazumeju u ostavljenom roku, dostavljeno mišljenje ih obavezuje. Direktiva time čini ustupak državama-članicama koje u arbitražnom rešavanju sporova vide pretnju svom fiskalnom suverenitetu.<sup>52</sup> Konačno, da bi odluka nadležnih organa obavezivala i zainteresovano lice, ono je mora prihvatiti.

Direktiva, slično kao i Arbitražna konvencija, pruža mogućnost poreskom obvezniku da dostavlja informacije i dokaze koji mogu biti od značaja za arbitražno odlučivanje.<sup>53</sup> Takođe, ona predviđa da poreski obveznik može istupati i biti zastupan pred Savetodavnom i Komisijom za alternativno rešavanje sporova isključivo na zahtev ili uz odobrenje nadležnih poreskih organa.<sup>54</sup> Propust Direktive je što je učešće poreskog obveznika u postupku arbitraže zadržano u formi pomoćne uloge čiji jedini cilj je da olakša arbitražno odlučivanje. Pritom, poreskom obvezniku takva uloga može biti i sasvim uskraćena odlukom nadležnih organa.<sup>55</sup>

### *Interakcija postojećih mehanizama rešavanja sporova*

Usvajanjem Direktive nije stavljena van snage Arbitražna konvencija. Navedena dva instrumenta se dopunjavaju, a u određenim aspektima i preklapaju. Prvo, za razliku od Direktive koja je usmerena na uklanjanje dvostrukog opore-

---

<sup>51</sup> Čl. 15, st. 1 Direktive.

<sup>52</sup> J. Owens, 618.

<sup>53</sup> Čl. 13, st. 1 Direktive i čl. 10, st. 1 Arbitražne konvencije.

<sup>54</sup> Čl. 13, st. 2 Direktive i čl. 10, st. 2 Arbitražne konvencije.

<sup>55</sup> Katerina Perrou, "Participation of the Taxpayer in MAP and Arbitration: Handicaps and Prospects", *International Arbitration in Tax Matters* (eds. M. Lang, J. Owens) IBFD, Amsterdam 2015, 296.

zivanja koje je posledica neadekvatne primene ili tumačenja poreskih ugovora, Arbitražna konvencija se primenjuje isključivo za otklanjanje dvostrukog oporezivanja proizašlog iz konkurentne primene propisa o transfernim cenama. Posledično, ona može adresovati opisane slučajeve i kada do njih dođe između članica EU među kojima ne postoji poreski ugovor u primeni, što nije slučaj sa Direktivom. Zatim, Arbitražna konvencija primenljiva je isključivo na situacije koje podrazumevaju dvostruko oporezivanje dohotka (preciznije – prihoda od poslovanja), dok se Direktivom mogu rešavati i slučajevi dvostrukog oporezivanja imovine. Osim toga, premda Direktiva propisuje široku definiciju zainteresovanog lica, njome se ne obuhvata stalna poslovna jedinica.<sup>56</sup> Arbitražna konvencija, pak, eksplicitno predviđa aktivnu legitimaciju za stalne poslovne jedinice.<sup>57</sup>

Direktivom nije ustanovljena pravna hijerarhija između postojećih mehanizama rešavanja sporova. Poreskom obvezniku ostavljena je mogućnost izbora.<sup>58</sup> Pistone (*Pistone*) ispravno primećuje da bi, u slučaju da poreski obveznik prilikom iniciranja postupka ne precizira za koji se pravni put rešavanja spora odlučio, najadekvatnije rešenje bilo pretpostaviti primenu Direktive, imajući u vidu da ona pruža najpotpuniju zaštitu njegovih prava.<sup>59</sup> S druge strane, ukoliko poreski obveznik podnese zahtev za rešavanje spora u skladu sa mehanizmom predviđenim Direktivom nakon što je prethodno već inicirao postupak rešavanja istog spornog pitanja primenom nekog od drugih opisanih instrumenata, Direktiva predviđa njihovu momentalnu obustavu.<sup>60</sup>

#### REŠAVANJE SPOROVA U PORESKOJ MATERIJU U REPUBLICI SRBIJI

Premda svih 59 poreskih ugovora koji su u primeni u Srbiji predviđaju MAP, domaći nadležni organi do sada su učestvovali u samo sedam ovakvih postupaka, od kojih su dva rešena uspešno, dok su ostali okončani bez otklanjanja dvostrukog oporezivanja, ili su i dalje u toku.<sup>61</sup> Razlog za izuzetno mali broj slučajeva u kojima je iniciran MAP je potpuno odsustvo proceduralnog okvira za

<sup>56</sup> Stalna poslovna jedinica ne može imati svojstvo rezidenta države-ugovornice, što je jedan od uslova da bi se određeno lice prema Direktivi moglo smatrati zainteresovanim licem.

<sup>57</sup> Čl. 6, st. 1 u vezi sa čl. 1, st. 2 Arbitražne konvencije.

<sup>58</sup> P. Pistone, 340-341.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 342. fn. 43.

<sup>60</sup> Čl. 16, st. 5 Direktive.

<sup>61</sup> Dopis Ministarstva finansija RS, 430-01-87/2018-04 od 28. marta 2018. godine.

njegovo pokretanje i sprovođenje u domaćem poreskom zakonodavstvu, a time i njegove transparentnosti. Brojni poreski obveznici nisu ni svesni postojanja ove opcije, ili ne žele da se upuštaju u nju, imajući u vidu pravnu neizvesnost kojom je ona zaodenuća. Pored toga, nijedan od poreskih ugovora ne sadrži arbitražnu klauzulu, što se opravdava nastojanjem da se očuva fiskalni suverenitet Republike.

U kontekstu brojnih modifikacija koje je Srbija prihvatila da unese u svoju mrežu poreskih ugovora potpisivanjem Multilateralnog instrumenta<sup>62</sup> i neizbežnog uvećanja broja sporova o njihovom tumačenju i primeni koji će uslediti u budućnosti, mišljenja smo da opisano stanje stvari zahteva temeljna poboljšanja. U skladu sa obavezama koje je Srbija preuzela kao članica BEPS inkluzivnog okvira (eng. *Inclusive Framework on BEPS*) u pogledu poboljšanja mehanizama rešavanja poreskih sporova, Ministarstvo finansija nedavno je objavilo Objašnjenje o postupku zajedničkog dogovaranja prema međunarodnim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja,<sup>63</sup> koje nastoji da kroz praktične i detaljne informacije približi postupak pokretanja i sprovođenja MAP-a poreskim obveznicima. Pored toga, po prvi put je objavljen MAP profil (*MAP profile*) Srbije na sajtu OECD-a,<sup>64</sup> čime su zvanični stavovi Ministarstva finansija kao nadležnog organa u pogledu primene MAP-a i poreske arbitraže učinjeni javno dostupnim.

Navedeno predstavlja, doduše, tek prvi korak u željenom smeru. Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji trebalo bi formulisati proceduralni okvir za pokretanje i realizaciju MAP-a, tako da se precizno regulišu okolnosti i rokovi u kojima poreski obveznik može inicirati postupak i dostaviti nadležnim organima relevantne informacije, preskriptivni rokovi za postupanje nadležnih organa, odnos MAP-a sa ostalim pravnim sredstvima dostupnim poreskom obvezniku prema domaćem poreskom zakonodavstvu, kao i implementacija odluke kojom je MAP okončan. Srbiji na putu za članstvo u EU predstoji usvajanje njenih pravnih tekovina, između ostalog, i u oblasti direktnog oporezivanja.

U tom smislu, domaći poreski zakonodavac trebalo bi da se u regulisanju pitanja rešavanja sporova u poreskoj materiji rukovodi odredbama Direktive.

---

<sup>62</sup> V. The Republic of Serbia, Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-serbia.pdf>, 31. maj 2019.

<sup>63</sup> Dostupno na: <https://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/dokumenti/2019/Objasnjenje%20o%20Postupku%20zajednickog%20dogovaranja%20Final.pdf>, 31. maj 2019.

<sup>64</sup> Serbia Dispute Resolution Profile, <https://www.oecd.org/tax/dispute/Serbia-Dispute-Resolution-Profile.pdf>, 6. jun 2019.

## ZAKLJUČAK

Ako ostavimo po strani argument fiskalnog suvereniteta, osnovni razlog dugogodišnjeg protivljenja poreskih jurisdikcija ideji arbitražnog rešavanja sporova bilo je odsustvo precizno propisanih pravila postupka i institucionalnog okvira u kome bi se arbitražno odlučivanje odvijalo.<sup>65</sup> Owens (*Owens*) ispravno ističe da se značaj proceduralnih pravila za funkcionisanje arbitraže ne može dovoljno naglasiti.<sup>66</sup> Direktivom je vrlo detaljno regulisan značajan broj do sada identifikovanih nedostataka prethodnih mehanizama rešavanja poreskih sporova, zbog čega u velikoj meri slabi navedeni argument. U nauci se već godinama unazad ističe da je argument fiskalne suverenosti suštinski političke, a ne pravne prirode. U tom smislu, mišljenja smo da će usvajanje Direktive, kao i buduća iskustva u primeni instrumenta koji je njome ustanovljen, biti uticajan faktor u promeni stava šireg kruga država, među njima i Srbije, prema poreskoj arbitraži.

Direktiva predstavlja preko potrebnu protivtežu brojnim legislativnim aktima koje su evropske institucije u poslednjih nekoliko godina usvojile sa ciljem da stanu na put izbegavanju poreza i agresivnom poreskom planiranju. Mere uvedene tim aktima značajno proširuju diskreciona ovlašćenja poreskih organa, kao i obaveze poreskih obveznika, bez unapređenja pravnog okvira zaštite njihovih prava. U tom smislu, Direktiva predstavlja značajan, istina, tek prvi korak u pravom smeru.

Uopšteno posmatrano, pravni položaj poreskog obveznika unapređen je olakšavanjem pristupa MAP-u, uvođenjem striktnih rokova za ispunjavanje obaveza nadležnih organa, propisivanjem njihove obaveze obaveštavanja poreskog obveznika, odn. nadležnih organa druge države ugovornice u različitim momentima u toku postupka, i, posebno, uspostavljanjem jurisdikcije Suda pravde EU, koji će biti garant pravilne i ujednačene implementacije i tumačenja odredaba Direktive. Najznačajnija zamerka koja se može uputiti na račun novog mehanizma rešavanja sporova jeste da je propuštena važna prilika da se značajnije unapredi tradicionalno pasivna uloga poreskog obveznika u postupku.

---

<sup>65</sup> M. Lang, J. Owens, xxiii.

<sup>66</sup> J. Owens, 614.

LIDIJA ŽIVKOVIĆ, LL.M.,  
Assistant, Faculty of Law,  
University of Belgrade

## TAX DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS IN EUROPEAN UNION LAW

### Summary

Due to their unilateral nature, legal remedies available under national laws are generally not successful in eliminating international double taxation. For the resolution of double taxation disputes within the internal market, until recently, only instruments of public international law – Arbitration Convention and double tax treaties concluded between Member States – were available to taxpayers. These mechanisms, however, were not sufficiently reliable. The changed political climate enabled the formulation of new legal framework for tax dispute resolution in the form of binding EU secondary legislation – Directive on tax dispute resolution mechanisms in the EU. After conducting comparative analysis of the mechanisms presently available to taxpayers within the EU, the author concludes that the Directive marks a significant improvement. By specifying detailed procedural rules and establishing the jurisdiction of the Court of Justice of the EU, it guarantees much higher level of efficiency in eliminating double taxation and improves legal certainty. After pointing out the insufficiencies of tax dispute resolution mechanisms available in Serbia, the author suggests amendments to the Law on Tax Procedure and Tax Administration so as to regulate the procedural framework in which MAP is to be conducted. For such endeavor, the provisions of the Directive could serve as a role model.

*Key words:* double taxation, MAP, tax arbitration, EU Arbitration Convention, Directive on tax dispute resolution mechanisms in the EU





SUZANA DIMIĆ,  
DANIJELA PETROVIĆ

## START AP KAO NOVI OBLIK POSLOVANJA I NJEGOV PORESKI TRETMAN

*Osnivanje i razvoj preduzeća determinisani su brojim faktorima. Raspoloživost sredstava, inovativnost, troškovi osnivanja, dostupnost finansijskih sredstava samo su neki od njih. Delovanje na cenovne i necenovne barijere u korišćenju eksternih finansijskih izvora, ali i mere u domenu poreske politike nameću se kao neophodnost u podsticanju početnika u poslovanju.*

*Poresko opterećenje može predstavljati značajan trošak sa kojim se susreću početnici u poslovanju. Otuda, finansijska teorija i praksa u novije vreme insistiraju na korišćenju poreskih podsticaja. Zajednička odlika različitih poreskih pogodnosti koje se sreću u savremenim državama jeste da se putem poreskog rasterećenja utiče na faktore proizvodnje. Kako fiskalno opterećenje rada utiče na potražnju za radnom snagom, mere koje se preduzimaju za povećanje zaposlenosti usmerene su na smanjenje poreza na zarade i oslobođenje od doprinosa za obavezno osiguranje. Pružanje poreskih pogodnosti ovoj kategoriji poreskih obveznika doводи do smanjenja budžetskih prihoda, ali pozitivni efekti koje ove mere mogu proizvesti treba da predstavljaju prioritet.*

*Ključne reči: start ap, troškovi poslovanja, porez na dohodak, porez na dobit, poreski podsticaji*

---

Dr Suzana Dimić, docent Pravnog fakulteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Danijela Petrović, asistent Pravnog fakulteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

## U V O D

Brzina i intenzitet promena koje su obeležile kraj 20. i početak 21. veka neminovno se odražavaju na život svakog pojedinca, ali i na funcionisanje privrednih subjekata i privrede kao celine. Tehnološki razvoj i prelaz iz industrijske u tehnološku revoluciju, ali i promena u strukturi svetske privrede usloveli su promene u ulozi i značaju faktora proizvodnje. Prema mišljenju Varijana tehnološka revolucija u isto vreme predstavlja i ekonomsku revoluciju, jer se menja način na koji se proizvodi, raspodeljuje i konzumira informacija kao novi oblik dobara.<sup>1</sup> Ostvarivanje profita nije uslovljeno raspolaganjem faktorima proizvodnje koje je tradicionalno poslovanje podrazumevalo. Znanje, veština, edukovana radna snaga i informacije predstavljaju resurse čijom se efikasnom upotrebom ostvaruju značajni rezultati.

Razvoj tehnologije i primena interneta omogućili su efikasnije poslovanje postojećih privrednih subjekata, ali i stvorili uslove za novi vid poslovanja i oblika preduzeća koji je u svakodnevnoj komunikaciji, ali i naučnoj i stručnoj literaturi prepoznat kao start-up (*strat ar*).<sup>2</sup> Kako je najveći deo sveta navikao da novine kako u tehnološkom, tako i svakom drugom smislu, dolaze iz razvijenih zemalja Evrope ili Amerike, tako je i ideja o startapovima upravo američki proizvod. Erik Ris tvorac *Lean Startup* metodologije pod startupom podrazumeva "instituciju koja je osnovana sa ciljem da stvori novi proizvod ili uslugu u uslovima koje karakteriše velika neizvesnost."<sup>3</sup> Postoje različiti stavovi o tome da li startapovi mogu poistovetiti sa početnicima koji posluju u tradicionalnim delatnostima i na tradicionalan način. Mnogi ih poistovećuju sa tradicionalnim oblikom preduzeća, ali ima i stavova da razlika ipak postoji. Ono što startapove kako tehnološke, tako i one koji nisu fokusirani na tehnologiju, razlikuje od tradicionalnih preduzeća jeste način na koji razmišljaju o rastu, ali i stope rasta koje ostvaruju. Prema stavu Paul Grahama, suosnivača Y Combinator-a razlika između startapova i tradicionalnih preduzeća jeste u dizajnu, jer su startapovi dizajnirani tako da ostvaruju brzi rast na početku razvoja koji iznosi 5-7% nedeljno.<sup>4</sup> Ostvarivanje ovakvog rasta omogućava prodaja proizvoda na velikom, najčešće milionskom tržištu. Uko-

<sup>1</sup> Hal R. Varijan, *Mikroekonomija*, moderan pristup, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010, str. 640.

<sup>2</sup> Ne postoji precizna definicija startapa, pojam se odnosi na poslovni projekat koji je skalabilan i održiv. Termin start up (*strat ap*) engleskog je porekla i u osnovi znači započeti, pokrenuti.

<sup>3</sup> Ris Erik, *Lean startup*: kako današnji preduzetnici koriste neprestanu inovativnost za stvaranje u potpunosti uspešnih poslova, *iLearn*, Beograd, str. 27.

<sup>4</sup> Iako je rast od 5-7% i te kako veliki, poželjno je prema Graham-u da iznosi 10%, više o rastu startapa na: [paulgraham.com/growth.htm](http://paulgraham.com/growth.htm), pristupljeno 10.08.2019.

liko se preduzetnička ideja odnosi na otvaranje kafića, restorana i slično, usluga koju pružaju namenjena je korisnicima lokalnog tržišta. Dizajn tih preduzeća ne podrazumeva veliki rast. Ukoliko se ideja odnosi na proizvod koji je dostupan milionima koji imaju internet vezu i ako im je proizvod dostupan 24 sata, onda je sigurno da će rast biti brži a time i plodonosniji.

Iako između startapova i tradicionalnih preduzeća postoje razlike, na njima se u radu neće insistirati, te će se i startapovi posmatrati kao početnici u poslovanju, bez obzira na delatnost ili način finansiranja.

Našim Zakonom o privrednim društvima startap nije predviđen i regulisan kao novi oblik poslovanja, ali je zbog značaja koji ima u razvoju preduzetništva i privatnog sektora doneto niz mera i uredbi i pokrenut značajan broj programa kojima se omogućava njihovo podsticanje. Najveći broj početnika osniva se kao mikro preduzeće koje prerasta u malo ili srednje preduzeće (u daljem tekstu MSP). Da paradoks bude veći ni termin preduzeće ne postoji u Zakonu o privrednim društvima. Pitanje termina koje srećemo u zakonima i praksi značajno je, te bi na njihovom usklađivanju zakonodavac trebalo da insistira.

Brojni su problemi i prepreke sa kojima se početnici u poslovanju, odnosno startapovi suočavaju (nedovoljno znanja iz oblasti menadžmenta, neadekvatna informisanost i sl.), ali je pitanje finansiranja ključna prepreka njihovom rastu. Troškovi osnivanja i registrovanja oblika poslovanja za koji se odluče, ali i visina poreskih obaveza predstavljaju veliko opterećenje početnicima u poslovanju, ali i prepreku svima koji se potencijalno mogu odlučiti na pokretanje sopstvenog biznisa. Podsticajne mere za razvoj preduzetništva, kreiranje modela u kome će se omogućiti pristup kapitalu, ali i oslobađanje plaćanja poreskih obaveza predstavlja koncept koji daje značajne rezultate u modeliranju razvoja i zapošljavanju u mnogim zemljama. U regulisanju ove oblasti i potrebi za prilagođavanjem i podsticanjem početnika Srbija je upućena na iskustva zemalja u okruženju, ali i zemalja Evrope i sveta.

#### FINANSIRANJE TROŠKOVA POČETNIKA U POSLOVANJU

Uloga i značaj preduzetništva u savremenoj ekonomiji iz dana u dan raste. Postojeće znanje u Srbiji, težnja za razvojem preduzeštva, podsticanje mladih da ne čeka posao, već da ga stvara, ali i pomoć u finansiranju i davanje olakšica kako mladima, tako i ostalim kategorijama koje mogu i hoće da pokrenu privatni biznis, predstavljaju važan korak ka promenama i kreiranju preduzetničke kulture. Primetna je intenzivna aktivnost zakonodavca na stvaranju povoljnog po-

slovnog ambijenta i podsticanju razvoja privatnog sektora.<sup>5</sup> Činjenica da u Srbiji postoji veliki potencijal u mladim, obrazovanim ljudima koji ostvaruju značajne rezultate, kako u zemlji tako i u svetu, ukazuje na potrebu širenja lepeze podsticaja. Podsticanje mladih na pokretanje sopstvenog biznisa omogućava rešavanje drugih društvenih problema. Naime, zbog povezanosti i uslovljenost društvenih pojava i procesa podsticanjem pojedinih oblasti stvaraju se uslovi za ostvarivanje uticaja na više njih istovremeno. Stvaranjem olakšica početnicima u poslovanju (kako poreskih, tako i neporeskih, ali i olakšan pristup finansijskim sredstvima) može se značajno uticati na povećanje broja preduzetnika, a time i na zaposlenost, smanjenje radnika u nelegalnim tokovima, ali i stvaranje uslova da se broj mladih koji odlazi iz zemlje smanji.

U odnosu troškova i koristi koje država time ostvaruje treba birati mere koje su društveno opravdane i finansijski prihvatljive.

Pokretanje poslovanja podrazumeva donošenje brojnih odluka od kojih je odluka o izboru pravne forme, odnosno oblika u kome će se poslovati jedna od značajnijih, ako ne i najznačajnija. Osnivanje privrednih društava, njihova pravna forma i organizacija predviđeni su Zakonom o privrednim društvima<sup>6</sup> prema kome preduzetnik i privredno društvo predstavljaju osnovne pravne oblike poslovanja u Srbiji.<sup>7</sup> Izbor oblika poslovanja podrazumeva preduzimanje određenih radnji i koraka prilikom osnivanja i registracije firme, ali utiče i na nivo troškova registrovanja i osnivanja.<sup>8</sup> Pored toga izbor oblika poslovanja utiče i na visinu poreza i drugih obaveza koje preduzetnici imaju prema državi i organima lokalne samouprave.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Ministarstvo privrede je 2015. godini donelo Strategiju za podršku malim i srednjim preduzećima, preduzetništvu i konkurentnosti od 2015. do 2020. godine. Podrška se odvija u saradnji sa Fondom za razvoj RS, Razvojne agencije, Fondom za investicionu delatnost i dr. Značajne podsticaje početnici mogu ostvariti u okviru podrške Nacionalne službe za zapošljavanje.

<sup>6</sup> Zakon o privrednim društvima, "Službeni glasnik RS", br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018.

<sup>7</sup> Prema podacima Agencije za privredne registre (APR) u Srbiji je registrovano 128.729 privrednih društava i 268.534 preduzetnika.

<sup>8</sup> Prema Zakonu o postupku registracije u Agenciji za privredne registre (APR) nakanda za registrovanje privrednog društva iznosi 4.900 dinara, objavljivanje osnivačkog akta 1.000, dok je naknada za registrovanje preduzetnika 1.500 dinara. Izrada osnivačkog akta takođe predstavlja značajan izdatak koji iznosi od 20.000 do 200.000 dinara. S obzirom na to da veliki broj početnika nema dovoljno znanja da osnivački akt samostalno uradi, neophodna su značajna sredstva za angažovanje advokata ili agencija koje bi to uradile u njihovo ime.

<sup>9</sup> Analizom iz 2017. godine ukazano je na razlike u troškovima osnivanja i registrovanja, ali i visine poreskih obaveza u zavisnosti od oblika poslovanja. Tako je analizom utvrđeno da je za osnivanje društva sa ograničenom odgovornošću neophodno izdvojiti od 10.370 do 57.370 dinara,

Problem visine troškova sa kojima se susreću početnici u poslovanju dodatno otežavaju ograničene mogućnosti korišćenja eksternih izvora finansiranja. Naime, iako je zastupljenost ovih preduzeća u privrednim strukturama kako razvijenih, tako i zemljama u razvoju značajna, a njihov uticaj na DBP i nezaposlenost sve izraženiji, dostupnost fondovima i finansijskim sredstvima još uvek je nedovoljna. Razloge ovakvog stanja treba tražiti u nedovoljno razvijenom tržištu finansijskih usluga, nedostatku finansijskih mehanizama, ali i transakcionim troškovima, asimetriji informacija i principal-agent problemu.<sup>10</sup>

Ograničena dostupnost kapitalu posledica je nemogućnosti MSP da kapital obezbede na tržištu kapitala koje je dostupno velikim preduzećima, ali i nedostatka mehanizama finansiranja.

Transakcioni troškovi predstavljaju troškove obrade kredita, monitoringa i sl., utiču na povećavanje cene kredita i čine ih nedostupnim za MSP. Kreditiranje MSP nije profitabilno za banke zbog problema obezbeđenja kredita, povećanog rizika povraćaja sredstava, nepovoljnog kreditnog rejtinga ovih preduzeća i sl.<sup>11</sup>

Asimetrija informacija koja postoji između zajmodavca i zajmoprimca dovodi do problema negativne selekcije i moralnog hazarda.<sup>12</sup> Naime, činjenica da zajmoprimac raspolaže sa više informacija o poslovnom projektu od zajmodavca uslovljava principal-agent problem. Odabir manje rizičnog od visokorizičnog kredita dovodi do negativne selekcije, jer su upravo visoko rizični korisnici kredita spremni da pristanu i na više kamatne stope. Moralni hazard u slučaju kreditnog odnosa podrazumeva nepreduzimanje aktivnosti kojima se obezbeđuje servisiranje kredita.<sup>13</sup>

Finasiranje poslovnog poduhvata početnici u poslovanju mogu ostvariti iz sopstvenih izvora i zaduživanjem. Odluka o načinu finasiranje određena je ogr-

---

dok su u slučaju izbora preduzetničke radnje kao oblika poslovanja troškovi registracije i osnivanja niži i iznose od 4.610 do 31.620 dinara. Razlika postoji i u visini poreza i doprinosa koje izmiruju, te je tako preduzetnik u obavezi da izdvoji od 12.245 do 32.892 dinara, dok je u slučaju društva sa ograničenom odgovornošću to iznos od 14.813,48 dinara. Navedeni iznosi odnose se na mesečne obaveze što znači da su godišnji iznosi od 151.550 do 426.314 dinara u slučaju preduzetnika, odnosno 188.126 dinara u slučaju društva sa ograničenom odgovornošću. Analiza poreskog i neporeskog opterećenja početnika u poslovanju, NALED, Beograd 2017, str. 4.

<sup>10</sup> *The SME Financing Gap*, Volume I, Theory and Evidence, OECD, 2006, str. 9.

<sup>11</sup> Dejan D. Erić, Isidora A. Behara, Sonja O. Đurićin, Nataša Đ. Kecman, Božana B. Jakišić, *Finasiranje MSP u Srbiji*, Institut ekonomskih nauka, Privredna komora Srbije, 2012, str. 92.

<sup>12</sup> O negativnoj selekciji i moralnom hazardu više u: Boris Begović, Miroљub Labus, Aleksandra Jovanović, *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008, str. 375–386.

<sup>13</sup> V. Isidora Behara, *Finasiranje kao jedna od ključnih prepreka razvoju preduzetništva i sektoru MSP*, dostupno na: [ebooks.iien.bg.ac.rs/24/1/ib\\_2015\\_01.pdf](http://ebooks.iien.bg.ac.rs/24/1/ib_2015_01.pdf)

ničenošću sredstava i cenom, odnosno kamatom za korišćenje tuđih sredstava. Zbog činjenice da su mogućnosti servisiranja kredita ograničene početnici se odlučuju za vlasnički način finansiranja poslovanja, odnosno: a) sopstvena sredstva, b) sredstva porodice i prijatelja, v) sredstva neformalnih investitora, odnosno bogatih pojedinaca - tzv. "poslovnih anđela", g) sredstava formalnih investitora odnosno *venture capital* fondovi ili korporacije.<sup>14</sup>

U početnim fazama razvoja MSP osnovni izvor finansiranja predstavlja sopstveni kapital ili sredstva koja mogu da dobiju od porodice i prijatelja. U kasnijim fazama zbog ograničenosti sopstvenih sredstava i povećanih potreba za kapitalom značajnu ulogu imaju poslovni anđeli putem kojih obezbeđuju sredstva, ali i znanje i iskustvo, što je za preduzeća u početnim fazama razvoja od posebnog značaja. U ovoj fazi MSP i projekti koje pokreću visoko su rizični i nedovoljno atraktivni za *venture capital* fondova i korporacija, ali su često i uslovi koje ovi fondovi postavljaju pred početnike teški, te ih početnici ne mogu ispuniti.

Ukoliko početnici, odnosno startapovi uspeju da se održe u prvoj, odnosno u prve tri godine, mogućnosti finansiranja i dostupnost izvora kapitala se povećavaju.

Značaj koji početnici u poslovanju, odnosno startapovi, imaju u razvoju preduzetništva i privrede, ali i činjenica da se suočavaju sa brojnim preprekama, ukazuje na značaj podsticaja koje može kreirati država u okviru poreske politike. Obim, oblik i kriterijum na osnovu koga se olakšice dodeljuju treba uskladiti sa stanjem u privredi, značaju oblasti u koju se ulaže, oblikom poslovanja i sl. O poreskim olakšicama i tretmanu početnika u poslovanju u daljem tekstu.

#### PORESKI TRETMAN START AP-a

Vođenje aktivne poreske politike podrazumeva da se porezi ne koriste samo za prikupljanje određenog iznosa prihoda, nego i kao pogodni instrumenti za ostvarivanje nefiskalnih ciljeva, kao što su ekonomski, socijalni, demografski i sl. Propisivanjem različitih vrsta poreskih olakšica (eng. *tax reliefs*), koje predstavljaju umanjenje poreskog tereta poreskom obvezniku, to se postiže. Mada se primenom poreskih olakšica pravi razlika u poreskom tretmanu obveznika time se ne narušava načelo opštosti oporezivanja. One ne narušavaju jednakost u oporezivanju pošto su propisane zakonom i priznaju se obveznicima samo ukoliko ispunjavaju zakonom propisane kriterijume. Ti poreski ustupci trebalo bi da budu

<sup>14</sup> D. Erić, I. Behara, S. Đuričin, N. Kecman, B. Jakišić, *Finansiranje MSP u Srbiji*, Institut ekonomskih nauka, Privredna komora Srbije, 2012, str. 42–43.

zasnovani na objektivnim i razumnim objašnjenjima, odnosno, da upotrebljena sredstva budu srazmerna nameravanom cilju poreskog propisa.<sup>15</sup>

Smanjenjem poreskog tereta poreskim obveznicima, na osnovu priznatih poreskih olakšica, državna blagajna ostaje uskraćena za te prihode koji bi bili ostvareni da su porezi naplaćeni u punom iznosu. Otuda se poreske olakšice nazivaju i poreskim rashodima. Njihov nedostatak leži u netransparentnosti u odnosu na ekonomske i socijalne transfere, pa savremene države nastoje da ih predočavanjem parlamentu (u postupku budžetske procedure) učine vidljivim.

Praksa poreskih olakšica proteklih decenija se menjala, od prisustva brojnih poreskih olakšica do njihovog restriktivnog korišćenja sa talasom poreskih reformi 80-tih godina prošlog veka. Promene, koje su se sastojale u sniženju poreskih stopa, proširenju poreskih osnovica i suženju kruga poreskih podsticaja, označavale su unapređenje alokativne neutralnosti, jer dolazi do promene ideje o ekonomskoj i redistributivnoj ulozi države, pod uticajem nove, neoliberalne ekonomske filozofije. Međutim, kako primećuje Stiglitz postoji opasnost da se sužavanjem kruga poreskih olakšica "smanjuje sposobnost poreskog sistema da postigne bilo koji cilj osim da ostvari prihod."<sup>16</sup>

Uočavajući njihov značaj za privredni rast, sve veći broj država u novije vreme počinje da primenjuje različite oblike mera poreskih podsticaja za male firme početnike u poslovanju. Kod oporezivanja dobiti postoji razlika u poreskom tretmanu u zavisnosti od oblika organizacije za koju se opredelilo lice kreće sa poslovanjem, ali samo u onim zemljama u kojima kao obveznici poreza na dobit pojavljuju samo društva kapitala. Na primer, u SAD na njih će se primeniti stopa od 21% za oporezivanje dobiti, dok će vlasnici kapitala biti oporezovani po stopi od 20% na prihode od raspodeljene dobiti. Ukoliko se organizuje kao društvo lica neće plaćati porez na dobit, nego će vlasnici plaćati porez na prihode, na primer ako su vlasnici fizička lica stopa iznosi 20%, što znači da će efektivna poreska stopa kod početnika koji su se opredelili za društvo kapitala biti znatno veća. U onim zemljama koje porezom na dobit oporezuju i društva kapitala i društva lica ova razlika u poreskom tretmanu neće doći do izražaja. To je slučaj i u Srbiji, gde je nakon lutanja u pogledu pravne forme, važećim propisima predviđeno da se kao poreski obveznik pojavljuje privredno društvo, odnosno, preduzeće, odnosno, pravno lice koje je osnovano radi obavljanja delatnosti.

---

<sup>15</sup> Dejan Popović, Gordana Ilić Popov, *Jednakost građana u poreskom pravu*, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, 2011, (139-158), str. 145, 156-157.

<sup>16</sup> Joseph Stiglitz, *Ekonomija javnog sektora*, Ekonomski fakultet Beograd, 2004, str.730.

Protekli period karakteriše promenljiva poreska politika u Srbiji za novoosnovana preduzeća i radnje. Određeno vreme je preovladavao stav da u početku poslovanja treba dati poreske olakšice. Zakon o porezu na dobit iz 1994. godine, na primer, propisivao je vrlo izdašne olakšice. Oslobođenje je važno za prve tri godine od početka obavljanja delatnosti, osim za novoosnovana pravna lica sa sedištem na nedovoljno razvijenom području i slobodnoj zoni za koja je važno oslobođenje u periodu od pet godina. Takođe, pravila se razlikovala u dužini perioda oslobođenja tako što je postojala još jedna kategorija poreskih obveznika koji su bili oslobođeni za period od jedne godine (u trgovini, bankarstvu i osiguranju lica). Obvezniku koji je dobit ostvarivao preko novoosnovane poslovne jedinice u nedovoljno razvijenom području umanjivao se porez u trajanju od dve godine, srazmerno učešću tako ostvarene dobiti u ukupnoj dobiti korporacije.<sup>17</sup> Izmenama ovog zakona 1998. godine došlo je do restriktivnog pristupa. Zakonodavac je pristupio ukidanju ostalih poreskih olakšica a ostala je samo jedno - ono koje se odnosilo na novoosnovane firme na nedovoljno razvijenom području. U tadašnjim stručnim i naučnim krugovima smatralo se da je ukidanje poreskog podsticaja za novoosnovana preduzeća i radnje poželjno sa aspekta sprečavanja poreske evazije, jer je bilo primetno da su brojni poreski obveznici gasili firme, a potom osnivali drugu, koja bi obavljala istu ili sličnu delatnost, da bi ostvarivali pravo na poresko oslobođenje. Takođe, na ovaj način su bila favorizovana ona preduzeća koja su bila visokoprotabilna u inicijalnom periodu.

U postojećem sistemu poreza na dobit, pored opšteg režima poreskih oslobođenja koje se primenjuju na sve kategorije poreskih obveznika (oslobođenje nedobitne organizacije, preduzeća za radno osposobljavanje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje invalidnih lica i oslobođenje za velika ulaganja), novim izmenama zakona uveden je posebni poreski režim za novoosnovano inovaciono privredno društvo.<sup>18</sup> Da bi ostvarilo pravo na poreski podsticaj potrebno je da od osnivanja nije prošlo više od tri godine, kao i da se pretežno obavlja inovacionu delatnost. Sa ciljem olakšanja pristup kapitalu propisana je poreska olakšica u vidu poreskog kredita za privredna društva koja investiraju u startup. Takva privredna društva imaju pravo na poreski kredit u visini od 30% izvršenog ulaganja, pod uslovom da nije smanjivalo svoja ulaganja neprekidno u periodu od tri godi-

<sup>17</sup> Zakon o porezu na dobit preduzeća ("Sl. glasnik RS", br. 43/94, 53/95, 52/96, 54/96, 42/98, 18/99, 21/99, 27/99, 33/99, 48/99 i 54/99).

<sup>18</sup> Dok zakonodavac ta privredna društva koja obavljaju inovacionu delatnost naziva inovaciona privredna društva, u obrazloženju Zakon o izmenama zakona o porezu na dobit se koristi termin – start ap.



ne od dana ulaganja.<sup>19</sup> Davanjem ovim poreskih podsticaja (koji primenjuje sve veći broj zemalja) omogućeno je uspostavljanje relacije između investitora, koji zahvaljujući svom uspešnom poslovanju raspolažu velikim kapitalom, i početnika u poslovanju, koji ima sve odlike startapa, ali ima vrlo mali ili gotovo nikakav kapital. Interesantan je primer Indije, kao je poznata po uvođenju “poreza na anđele”. Poseban poreski režim za početnike u poslovanju uveden 2012. godine, po kome su od plaćanja poreza na dohodak oslobođeni na period od tri godine, da bi u toku 2016. godine došlo do produženja ovog perioda na pet godina. Oslobođeni su od plaćanja poreza oni početnici koji su registrovani kao društvo sa ograničenom odgovornošću ili ortačko društvo i od čijeg osnivanja nije prošlo više od deset godina, uz uslov da se bave inovacijom postojećih proizvoda i usluga. Da bi sprečila pranje novca ulaganjem u lažne startap-ove, u odredbama u Odeljku 56 (2), poznate ka “Porez na anđele” (*angel tax*), propisan je uslov u pogledu uplaćenog osnovnog kapitala. Naime, za njegov zbirni iznos određen je vrlo nizak limit (25 India Rupee, što je iznos koji u evrima iznosi oko 0,32). Problem je nastao u tome što je ovaj kriterijum u praksi bio prepreka za mnoge investitore koji su želeli da finansiraju startap u ranoj fazi, pa je omogućeno da se mogu obratiti resornom ministarstvu sa zahtevom za oslobođenje od poreza.<sup>20</sup>

Podržavajući razvoj privrede kroz povoljnije uslove poslovanja i podsticanje inovativnosti, nova pravna rešenja u sistemu poreza na dobit Srbije uvode još tri poreske olakšice.<sup>21</sup> Novoosnovanim inovacionim privrednim društvima se priznaje olakšica u vidu odbitka prilikom utvrđivanja poreske osnovice, gde se troš-

---

<sup>19</sup> Čl. 50j Zakona o porezu na dobit (“Sl. glasnik RS”, br.25/01, 80/02, 43/03, 84704, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15, 112/15, 113/17, 95/18).

<sup>20</sup> Osnovni problem postojao je u tome što poreska uprava u Indiji nije priznavala metodu diskontovanog novčanog toka, koju mnogi investitori koriste za vrednovanje start up-a u ranoj fazi, nego vrednuju kompaniju po onome što trenutno ona vredi (a to je kod start up-a u ranoj fazi, po pravilu, vrlo malo), dok investitori procenjuju na osnovu onoga što bi mogla da postigne u budućnosti. *Metoda diskontovanog novčanog toka* je takva metoda za procenu kapitala koja neposredno određuje vrednost sagledavanjem budućih poslovnih aktivnosti u projektovanom periodu (koji ne može biti kraći od 5 godina) sa zadovoljavajućom izvesnošću u predviđanju prihoda i rashoda, planiranju dugoročnih i kratkoročnih kreditnih zaduženja. Prema čl. 56 zakona o porezu na dohodak u Indiji su se oporezivale sve one investicije rezidentnih investitora koje su vrednovane iznad tržišne vrednosti start up-a u ranoj fazi. Svako takvo ulaganje okarakterisano je kao prihod od drugih izvora i oporezovano, što je uticalo na investitore prilikom donošenja odluke o investiranju u start up-a u ranoj fazi. <https://techcrunch.com/2019/08/23/india-angel-tax/>; <https://www.startupindia.gov.in/content/sih/en/startupgov/startup-recognition-page.html>

<sup>21</sup> Obrazloženje izmene Zakona o porezu na dobit Srbije, <https://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/javne%20rasprave/poreski%20zakoni/Obrazlozenje%20ZPD.pdf>.

kovi koji su neposredno povezani sa istraživanjem i razvojem mogu priznati kao rashodi u poreskom bilansu i to u dvostruko uvećanom iznosu.<sup>22</sup> Pored toga, propisane su olakšice kod oporezivanja određenih prihoda. Ukoliko je prihod ostvaren po osnovu naknade za iskorišćavanje deponovanog autorskog dela ili predmeta srodnog prava umanjuje se poreska osnovica za 80%. U slučaju otuđenja prava intelektualne svojine samo se 20% uključuje u poresku osnovicu prilikom oporezivanja kapitalne dobiti.<sup>23</sup>

U sistemu poreza na dohodak najčešće se primenjuju olakšice u pogledu oporezivanja prihoda od rada, kao i plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. U Srbiji poslodavac ima pravo na poresko oslobođenje za porez na zarade kod novoosnovanog privrednog društva za zarade osnivača, a kod novoosnovanog preduzetnika, odnosno, preduzetnika poljoprivrednika za lične zarade. Period za koji važi oslobođenje iznosi 12 meseci od dana kada je osnovano privredno društvo, odnosno, registrovan preduzetnik, uz ograničenje da zarade osnivača, odnosno, lične zarade preduzetnika ne mogu preći zakonom propisani mesečni iznos (37.000 din) za svako lice pojedinačno. Takođe, ova lica imaju i pravo na oslobođenje od plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje, koji se plaćaju na teret zaposlenog i teret poslodavca. Ovi doprinosi će se uplaćivati iz budžeta na zakonom propisanu najnižu mesečnu osnovicu (23.921 din.). Uslov za ostvarivanje ovih poreskih oslobođenja i oslobođenja od plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje jeste da ta lica u periodu od najmanje 6 meseci pre osnivanja privrednog društva, odnosno registrovanja preduzeća bila prijavljena kao nezaposleni kod Nacionalne službe za zapošljavanje, odnosno, da su u periodu od 12 meseci osnivanja društva (registrovanja preduzeća) stekla srednje, više ili visoko obrazovanje.<sup>24</sup> Letonija je, na primer, 2017. godine uvela novi poreski režim za početnike u poslovanju, jedinstven u Evropi. Propisana su dva poreska podsticaja, jedan koji se odnosi na sve početnike, a drugi samo na one koji su visokoobrazovani. Naime, početnici u poslovanju su dužni da plaćaju *flat startup tax* u fiksnom iznosu od 252 evra, nezavisno od visine isplaćene plate. Dok poseban poreski režim važi za visokokvalifikovane zaposlene sa doktoratom.

<sup>22</sup> Čl. 22 v Zakona o porezu na dobit.

<sup>23</sup> Čl. 25 v i 30 Zakona o porezu na dobit.

<sup>24</sup> Čl. 215, st. 1 i 2 Zakona o porezu na dohodak ((u daljem tekstu: ZPDG) ("Sl. glasnik RS", br. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13, 108/13, 57/14, 68/14, 5/15, 112/15, 5/16, 7/17, 113/17, 7/18, 9/18, 4/19); čl. 45g Zakona o obaveznom socijalnom osiguranju ("Sl. glasnik RS", br. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 7/12, 8/13, 47/13, 108/13, 6/14, 57/14, 68/14, 57/14, 112/14, 5/16, 7/17, 113/17, 7/18, 95/18 i 4/19)).

Oni su oslobođeni plaćanja poreza na plate i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje, pokrivaće ih država iz fondova Evropske unije.<sup>25</sup>

Poreska politika je fokusirana na poreske podsticaje u početnoj fazi poslovanja, što može biti značajna podrška za male firme. Međutim, grupa autora uočila je problem, tzv. zamku za start ap (*startup trap*), koji se ogleda u obeshrabrivanju malih firmi i preduzetnika da razvijaju nakon isteka poreskih podsticaja. Kako firma raste, u jednom trenutku prestane da ispunjava kriterijume po kojima se smatra malim i srednjim preduzećem gubi pravo na poreske podsticaje. Za prevazilaženje tog problema ovi autori predlažu inovativni pristup za podršku mladim preduzećima koja nastavljaju da se razvijaju u vidu poreskog kredita (*Startup Tax Credit*). Strukturiran na faze, poreski kredit bi rastao do određene visine, da bi podstakao rast firme. Kad dostigne svoj maksimum ostaje proporcionalan do određenog trenutka. Umesto da male firme iznenada izgube pravo na poreske pogodnosti i time budu obeshrabrene da se dalje razvijaju, trenutak u teoriji poznat kao fenomen poreske litice (*tax cliff*), došlo bi do postepenog opadanja iznosa poreskog kredita dok firma ne izgubi status malog ili srednjeg preduzeća.<sup>26</sup>

Većina savremenih poreskih sistema mala preduzeća podvrgava posebnom poreskom režimu u sistemu poreza na dodatu vrednost (PDV). Pruža im poreske olakšice u cilju smanjenja troškova oporezivanja koje imaju u postupku plaćanja PDV (kao što su troškovi podnošenja poreske prijave, troškovi vođenja evidencije, izdavanja računa ili drugog dokumenta i sl.), zbog kojih se nalaze u nepovoljnijem položaju u odnosu na ostale poreske obveznike (na primer na velika preduzeća koja imaju zaposlene radnike koji obavljaju te poslove ili angažu-

---

<sup>25</sup> <https://www.eu-startups.com/2016/11/latvia-launches-an-innovative-startup-law-and-startup-tax/>

<sup>26</sup> Autori zamku za startap upoređuju sa zamkom bede, odnosno siromaštva (*low wage trap*), koja se javlja kod siromašnih lica korisnika socijalne pomoći, koji gube pravo na socijalnu pomoć ako počnu da zarađuju, makar bili i slabo plaćeni. Tako će se ova lica mogu opredeliti da ostanu u sistemu socijalne pomoći umesto da "uđu u rad". Upravo je SAD bila prva zemlja koja je počela sa primenom poreskog kredita (to je poreski kredit na dohodak od rada porodicama sa niskim primanjima - Earned Income Tax Credit (EITC), koji je predstavljao veliki korak u rešavanju ovog problema. Veličina subvencije koju siromašno lice ima na zaradu određivanja je svake godine u odnosu na ukupan dohodak od rada, uzimajući u obzir broj dece u porodici. Lice, kome je odobrena subvencija, umesto da plati ceo iznos poreza na dohodak plaća samo razliku između visine subvencije i iznosa poreske obaveze. Ukoliko iznos poreskog kredita bude veći od poreske obaveze, dolazi do refundacije razlike, umesto da plati porez to lice će od države dobiti ček. (V. o tome u: Rosen, H.S.; Gayer, T., *Javne finansije*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2009, str. 312; O problemu zamke za startap v. u: Escaping the Startup Trap: Can Policymakers Help Small Companies Grow to Major Employers? Elliott Long, Michael Mandel, Progressive Policy Institute, February 2019, [https://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2019/02/PPI\\_Escaping-the-Startup-Trap\\_Feb-2019.pdf](https://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2019/02/PPI_Escaping-the-Startup-Trap_Feb-2019.pdf)).

ju knjigovodstvene agencije, poreske savetnike i sl.). Olakšice mogu biti dvojakе: potpuna, kada se uopšte ne plaća PDV, pri čemu se isključuje pravo na poreski kredit, i delimična, kada se primenjuje snižena poreska stopa uz priznavanje poreskog kredita u punom iznosu.<sup>27</sup>

Pri određivanju ove kategorije poreskih obveznika u najvećem broju zemalja propisuje se iznos, odnosno, gornji limit njihovog ukupnog godišnjeg prometa.<sup>28</sup> Imajući u vidu da je u okvirima Evropske unije (EU) postignuta harmonizacija PDV, sve države članice, kao i države koje pretenduju da to postanu, dužne su da svojim internim zakonodavstvima propisuju ovaj cenzus prema njenim poreskim pravilima.<sup>29</sup>

Pošto su oslobođeni plaćanja poreza, početnici u poslovanju nemaju sve one obaveze koje imaju obveznici PDV i u tom smislu su u povoljnijem položaju u pogledu troškova plaćanja poreza (zato što su male firme nemaju radnike koji bi im obavljali sve poslove vezane za prijavu, obračun i plaćanje poreza, pa bi bili primorani da to sami čine, što znači da pored svoje redovne delatnosti kojom se bave treba da odvoje vreme za obavljanje ovih poslova ili ako bi se opredeli za angažovanje stručnih lica imali bi dodatni trošak poslovanja). Međutim, u određenim slučajevima status malog poreskog obveznika nije povoljan, zato što ova lica nemaju pravo na odbitak prethodnog poreza. Pošto ova lica ne obračunavaju i ne plaćaju PDV, ne mogu odbiti porez koji je plaćen u prethodnoj fazi promotnog ciklusa, iako je *input* nabavljen od prethodnika koji se nalazi u sistemu PDV, nego će ga, kroz plaćanje nabavne cene, platiti. Nepostojanje prava na odbitak može ve-

<sup>27</sup> Nav. prema: Gordana Ilić Popov, *Mogućnosti, prepreke i konkurentnost malih i srednjih preduzeća – opšti i poreski aspekt* - Pravo i privreda, br.5-8/2003 (404-417), str. 415.

<sup>28</sup> Na primer, u poreskom zakonodavstvu Srbije se zahteva da ukupan promet roba i usluga u prethodnih 12 mesec nije veći od 8.000.000 din. ( čl.33 Zakona o porezu na dodatu vrednost ((u daljem tekstu: ZPDV) ( "Sl. glasnik RS, br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13,6/14, 68/14, 142/14, 5/15, 83/15, 5/16, 108/16, 7/17, 113/17, 13/18, 30/18, 4/19)).

<sup>29</sup> Prema važećoj Direktivi 2006/112 razlikuju se tri grupe zemalja. Prvu grupu čine zemlje koje su na dan 17.maj 1977. godine propisivale oslobođenja za lica koja su ostvarivala godišnji promet u manjem ili jednakom iznosu u nacionalnoj valuti, ekvivalentno iznosu od 5.000 evropskih obračunskih jedinica, mogu povećati cenzus do 5.000 evra. Drugu grupu čine zemlje članice koje su na dan 17.maj 1977. godine propisivale oslobođenja od plaćanja PDV za lica koja su ostvarivala godišnji promet jednak ili veći od iznosa u nacionalnoj valuti, koji je ekvivalentan iznosu od 5.000 evropskih obračunskih jedinica, mogu podići cenzus u cilju postizanja realne vrednosti oslobođenja. Treću grupu čine zemlje koje su postale članice posle 1. januara 1978. godine. Za svaku od njih posebno je propisan cenzus koji čini godišnji promet u protivvrednosti valute po kursu konverzije na dan njihovog pristupa. Art 284, 285, 287 Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (Official Journal of the European Union).

oma nepovoljno da deluje na male poreske obveznike u slučaju velikog učešća *in-puta*.<sup>30</sup>

## ZAKLJUČAK

Uočavajući značaj stvaranja povoljnog poslovnog ambijenta za privredni rast, sve veći broj država u novije vreme počinje da primenjuje različite oblike poreskih podsticaja. U domenu oporezivanja dohotka mere su uglavnom usmerene na olakšavanje pristupa kapitalu početnicima u poslovanju. To se postiže davanjem poreskih podsticaja potencijalnim investitorima u obliku poreskog kredita. U sistemu poreza na dohodak fizičkih lica najčešće se primenjuju olakšice kod poreza na zarade, kao i oslobođenja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Pošto je postignuta harmonizacija PDV, zemlje članice kao i one koje pretenduju da to postanu poreski režim za male poreske obveznike propisuju u skladu sa poreskim pravom EU.

Prema važećim pravnim rešenjima, u Srbiji je u primeni nekoliko poreskih olakšica, koje su uvedene sa namerom stvaranja podsticajnog ambijenta za startap. Ono što se može uočiti upoređivanjem sa poreskom praksom drugih država je da je u srpskom poreskom pravu u primeni relativno kratak vremenski period oslobođenja od plaćanja poreza na zarade i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje (iznosi 12 meseci). Obično ovaj period iznosi od tri do pet godina, te se postavlja pitanje u kojoj meri bi takvo rešenje bilo primenljivo i kod nas. Takođe, imajući u vidu iskustva iz naše poreske prakse da li bi umesto propisivanja jednog perioda za sve početnike možda trebalo sagledati mogućnosti za uvođenje dva ili više perioda u zavisnosti od sektora kome pripada, jer je u nekim od njih potreban duži vremenski period za realizaciju poslovnih aktivnosti. Na primer, u zakonskom rešenju koje je važilo u jednom od proteklih perioda oporezivanja dobiti u Srbiji pravila se razlikovala u dužini perioda oslobođenja (pa se na sektor banaka, trgovine i osiguranja primenjivao kraći period u odnosu na ostale obveznike).

Svako smanjenje poreskog tereta, uvođenjem poreskih olakšica, predstavlja smanjenje budžetskih prihoda. Primena takvih mera u dužem vremenskom periodu dovela bi do gubitka budžetskih prihoda, te bi kreatori poreske politike imali zadatak da osmisle mere kojima će se na odgovarajući način nadomestiti ti gubici. Takođe, naša poreska praksa pokazuje da su odredbe o poreskim podsticajima neretko korišćene suprotno njihovom cilju, često zloupotrebavanjem fiktivnih pravnih radnji osnivanja i gašenja firmi. Međutim, takva opasnost bi se mogla

---

<sup>30</sup> Dejan Popović, *Poresko pravo – opšti deo*, Cegos in, Beograd, str. 407.

izbeći preciznim, jasnim i dobro osmišljenim propisivanjem uslova pod kojima bi poslodavci imali pravo na tu poresku olakšicu.

SUZANA DIMIĆ, Ph.D.,  
Assistant Profesor, University of Priština, Faculty of Law,  
Kosovska Mitrovica  
DANIJELA PETROVIĆ  
Assistant, University of Priština, Faculty of Law,  
Kosovska Mitrovica

### START-UP AS NEW FORM OF BUSINESS AND TAXATION TREATMENT

#### Summary

Foundation and development of a company is determined by many factors. Some of these are assets availability, innovations, foundation costs, or availability of financial assets. In order to encourage the beginners there are imposed as mandatory the measures in the domain of tax policy and acting on price or non-price barriers when using external financial sources.

Tax burden can represent a significant cost the beginners are faced with during their business performance. Therefore, the financial theory and practice insist on the tax incentives application. Various tax assistances have one common feature, able to meet in contemporary states, is to act on manufacture factors through the tax reliefs. Since the fiscal burden on the labour affects demand of labour force, the measures that are undertaken in order to increase employment are therefore directed to income tax reduction and benefits release for mandatory insurance. Offering tax assistances to this category of tax payers will lead to the budget incomes reduction but positive outcomes these measures can produce should be prioritised.

Key words: start-up, business costs, income tax, profit tax, tax incentives

SEJDEFA DŽAFČE,  
VESNA PENDOVSKA

## PРАВНА ЗАШТИТА ПОRESKIH OBAVEZNIKA U REPUBLICI SEVERNOJ MAKEDONIJI

– Aktuelna pitanja upravne i upravno-sudske zaštite –

*Uloga poreskih obaveznika u društvu ne može se svesti samo na obavezu plaćanja poreza. Prava poreskih obaveznika u globalnim procesima su podignuta na visoko mesto u hirarhiji prava građana, garantovana na nacionalnom i na međunarodnom nivou. Na ovom planu države kreiraju različite modele pravne zaštite koji na efikasan i sistematičan način treba da omoguće ostvarivanje ustavnih i zakonskih prava poreskim obaveznicima. Globalna tendencija je kreiranje alternativnih modela u odnosima između poreskih organa i poreskih obaveznika, koji imaju za cilj da omoguće viši nivo saradnje i poverenje između učesnika u postupku oporezivanja. Ovaj rad ima za cilj da pruži analizu upravne i upravno-sudske zaštite prava poreskih obaveznika u pravnom sistemu Republike Severne Makedonije. Akcenat rada je na pitanjima pravne zaštite poreskih obaveznika kroz analizu prakse rada poreskih organa i Upravnog suda, a na osnovu dosadašnje primene zakonske regulative, uz analizu novih zakonskih rešenja u domenu upravo-sudske zaštite.*

*Ključne reči: prava poreskih obaveznika, upravna zaštita, upravno-sudska zaštita, Republika Severna Makedonija, alternativno rešavanje poreskih sporova*

### U V O D

Pravna zaštita poreskih obaveznika je jedna od osnovnih ustavnih garancija savremenih država. Oporezivanje predstavlja jedno od bitnih područja delova-

---

Dr Sejdefa Džafče, vanredni profesor Fakulteta pravnih i političkih nauka, FON Univerziteta, Skoplje.

Dr Vesna Pendovska, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi", Skoplje.

nja svake države sa dva aspekta. Prvi aspekt, koji je i bazičan, ogleda se u činjenici da porezi predstavljaju osnovni javni prihod savremenih država koji ima za cilj finansiranje državnog aparata. Drugi, takođe bitan aspekt ogleda se u neophodnosti da se u demokratskim sistemima, u kojima su na pijedestal postavljena ljudska prava i slobode obezbedi da proces oporezivanja bude podvrgnut vladavini prava. Potreba da se ograniči subjektivno poresko pravo države u korist prava poreskih obaveznika, počiva u samoj prirodi poreza. Porezi nisu dug u građansko-pravnom smislu, iako se prema njima tako odnosimo, porezi ne pružaju mogućnost primene načela jednakih davanja.<sup>1</sup>

Naplata poreza u suštini je javni interes države. Pretpostavka da se države ponašaju racionalno u ostvarivanju svojih interesa, iako prisutna u velikom broju slučajeva, nije očigledna sama po sebi.<sup>2</sup> U stvari, državni interes predstavlja naklonost države ka ostvarenju određenih rezultata.<sup>3</sup> Grupa realista smatra da su osnovni interesi države ograničeni na bezbednost i bogatstvo... kao i da je državni interes politika koja povećava javna dobra u državi.<sup>4</sup> Ova tvrdnja je direktno povezana sa pozicijom države u procesu oporezivanja i svakako u procesu trošenja budžetskih sredstava.

Nepobitna je činjenica da savremena država jeste i "poreska država". Porezi su neminovnost u savremenim društvima. U kontekstu neminovnosti je i istorijska priča o oporezivanju u Sumerskoj civilizaciji.<sup>5</sup> U gradu Lagaša stanovnici su prihvatili visoke poreze za vreme strašnog rata, koji, i posle njegovog završetka, nisu bili ukinuti. Na čitavoj teritoriji zemlje stajale su glinene ploče sa natpisima: „Ovde su bili skupljači poreza”. Ovakvo stanje trajalo je sve dok na vlast nije došao kralj Urikagina koji je objavio: „Ovde nema skupljača poreza”, međutim, ubrzo nakon toga grad je bio uništen od strane stranih osvajača.<sup>6</sup>

Svremene države, u globalnim odnosima u kojima grade svoje pozicije na tržištu, ne mogu u potpunosti da zadrže svoj fiskalni suverenitet. Ograničavanje fiskalnog suvereniteta je rezultat mnoštva obaveza koje države preuzimaju kroz

<sup>1</sup> Charles W. Adams, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, 1993, op. cit., str. 1.

<sup>2</sup> Jack L. Goldsmith, Erik A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, op. cit., str. 9.

<sup>3</sup> *Ibidem*, str. 5.

<sup>4</sup> *Ibidem*, str. 7.

<sup>5</sup> Sumer je prva civilizacija za koju postoje podaci o oporezivanju, period šest hiljada godina pre nove ere.

<sup>6</sup> Charles W. Adams, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, 1993, op. cit., str. 2.



kao zaključivanje međunarodnih ugovora koji imaju za cilj izgradnju dekomrat-skog kapaciteta države i podizanje nivoa zaštite prava i sloboda poreskih obaveznika. Prava koja uživaju poreski obaveznicima su prava koja pripadaju "javnoj" sferi, kao opšteprihvaćena prava koja imaju karakter univerzalnih prava, prava koja su jednaka u svim državama.<sup>7</sup> Izgradnja sistema univerzalnosti ovih kategorija prava nije jednostavan zadatak za samu međunarodnu zajednicu, no sasvim je sigurno da je ovaj zadatak veoma značajan. Globalni tokovi u kojima se uspostavljaju ekonomski odnosi između država zahtevaju od država da prihvate univerzalne standarde u zaštiti ljudskih prava i sloboda. U tom smislu deo teoretičara je na stanovištu da su "državni ciljevi, u smislu prihvatanja i usaglašavanja nacionalnog pravnog poretka sa međunarodnim pravom, uslovljeni time koliko su građani i lideri spremni da učine ustupak u pogledu sredstava za ostvarenje drugih željenih ciljeva, kao što su bezbednost ili ekonomski rast"... "usaglašenost sa međunarodnim pravom variraće u skladu sa cenom ostalih dobara, državnih sredstava i ostalih relevantnih parametara."<sup>8</sup>

S druge strane, ukoliko se dovede u pitanje proces poštovanja međunarodnih standarda koji proističu iz međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, i ukoliko postoji nesigurnost u vezi sa ispunjavanjem obaveze države prema njenim građanima, država šalje signal da nije sposobna da zaštiti ljudska prava što se reflektuje na njen ugled i obim saradnje i trgovinske razmene.<sup>9</sup> Ovo su globalni stavovi država u svetu, svaka država ima sopstvene ekonomske koristi kao globalni igrač na tržištu.

Bez obzira na to što globalizacija ima veliki uticaj na ekonomski rast i razvoj savremenih država, potreba za javnim prihodima je konstantno u porastu. Naime, budžeti država i javna potrošnja su svake godine sve veći. Države nisu u stanju dosledno da poštuju prihvaćeni koncept razdvajanja prava na oporezivanje od prava na potrošnju. Savremene države se nalaze u poziciji na koju je Jems Medison odavno upozoravao: "Uzaludno je reći da će prosvetljeni vladar moći uskladiti takve suprotstavljene interese i da će poreze upotrebiti za javno dobro. Na kormilu neće uvek biti prosvetljeni vladar."<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> O teoriji podele ljudskih prava na "javna" i "privatna": Rodoljub Etinski, "Univerzalni karakter ljudskih prava u svetu različitih kultura", *Pravni život*, br. 12, Tom IV, Beograd, 210, str. 219.

<sup>8</sup> Jack L. Goldsmith, Erik A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, op. cit., str. 9.

<sup>9</sup> *Ibidem*, str. 131.

<sup>10</sup> James Medison, *The Federalist*, No: 10, citirano u: Charles W. Adams, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, 1993.

Funkcionisanje država je uslovljeno nivoom plaćanja poreza, iz tih razloga savremene države nalaze različite modele kojima bi podigle nivo naplate poreza a pritom zaštitile prava poreskih obaveznika. Na ovom planu u Evropi su se desile velike promene u odnosima između poreskih organa i poreskih obaveznika.<sup>11</sup> Države su danas sasvim ubeđene da postupak utvrđivanja, naplate i kontrole poreza treba da počiva na principu zakonitosti u oporezivanju, kao osnovnom instrumentu protiv arbitrarnosti u oporezivanju. Funkcionisanje pravne države, uz poštovanje načela zakonitosti i demokratskih principa najznačajniji su temelji na kojima treba da počiva poresko pravo svake države.<sup>12</sup>

#### ALTERNATIVNI MODELI PRISTUPA DRŽAVA U ODNOSIMA PORESKIH ORGANA I PORESKIH OBAVEZNIKA

Savremene države su postale svesne krucijalne pozicije poreskih obaveznika u društvu. Stanje možemo opisati izvodom iz poznate povelje “Velika Privilegija” iz 15. veka, koja je doneta od strane Marije od Burgundije: “Ako bilo koji vladar naruši poreska prava i slobode podanika, narod će biti oslobođen svojih građanskih obaveza prema državi”<sup>13</sup>.

Države preduzimaju mere u pravcu pojednostavljenja, pojašnjenja i preciznosti poreskog postupka, kao i jednoobraznosti u postupanju poreznih tela, a time i podizanja nivoa pravne sigurnosti poreskih obaveznika. Kreiraju se modeli kontrole rada poreskih organa radi njihove odgovornosti u smislu očuvanja osnovnih principa pravne države.

Određene države su otišle korak napred i kreirale su specifične modele poreskog postupka radi podizanja kvaliteta odnosa poreznih obaveznika i poreskih tela. Trendovi u promeni odnosa između poreskih organa i poreskih obaveznika počeli su sedamdesetih i osamdesetih godina 20. veka, kada se pojavila i teorija koja je zastupala koncept o takozvanom “udovoljavanju poreskoj obavezi”.<sup>14</sup> Ovaj koncept je za određene države imao veoma značajan doprinos u odnosima između poreskih organa i poreskih obaveznika, preko uvođenja i novih pravnih insti-

<sup>11</sup> Tax reforms in EU Member States 2013, “Tax policy challenges for economic growth and fiscal sustainability”, *EUROPEAN ECONOMY* 5|2013, Economic and Financial Affairs, EK, 2013.

<sup>12</sup> Božidar Jelačić i dr., *Finansijsko pravo i finansijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 226.

<sup>13</sup> Grapperhaus Ferdina. Taxes, *Liberty and Property*, Amsterdam, 1989 (reprint), str. 129.

<sup>14</sup> (*fr. civisme fiscal*, *eng. tax compliance*) više o tome: Delalande, N.; Spire, A., *Histoire sociale de l'impôt*, La Découverte, Paris, 2010. str. 82–83.

tuta koji nisu bili svojstveni za poresko pravo.<sup>15</sup> U devedesetim godinama u SAD i Australiji uvelo se alternativno rešavanje sporova u poreskom pravu (*Alternative Dispute Resolution*)<sup>16</sup>, na evropskom tlu to su uradile Francuska, Nemačka, Portugalija i dr. Suštinu alternativnog rešavanja sporova u poreskom pravu predstavlja mogućnost da se, putem vansudskog rešavanja sporova, postigne viši stepen efikasnosti putem "pomaganja" ili "prijateljskog" pristupa rešavanju sporova.<sup>17</sup>

Prihvaćeni koncept alternativnog rešavanja sporova u poreskom pravu je doveo u pitanje nemačku doktrinu koja počiva na nejednakoj poziciji stranaka u poreskom postupku sa izraženim javno-pravnim karakterom odnosa utemeljenim načelom "*no taxation without representation*". Ovakav pristup u rešavanju sporova u poreskom pravu otvara dilemu da li su poresko-pravni odnosi arbitralni. Javno-pravni<sup>18</sup> karakter poresko-pravnih odnosa dovodi u pitanje karakter alternativnog rešavanja poreskih sporova. Nesporno je da koncept alternativnog rešavanja sporova u poreskom pravu omogućava efikasnije i ekonomičnije rešavanje spora za poreske obaveznike, jer je, za razliku od upravnih sporova, ovaj način rasterećen formalnosti koje su zamenjene tehnikama svojstvenim za rešavanje odnosa u privatno-pravnim odnosima. U osnovi, alternativno rešavanje sporova u poreskom pravu omogućava ravnopravan položaj poreskog organa i poreskog obaveznika, koji nije karakterističan za poresko-pravni odnos u kojem postoji nadređenost i superiornost poreskog organa.

Pojedine države, u koje spadaju Francuska i Belgija, uspostavile su tzv. *fairplay* koncept koji u osnovi proklamuje dobrovoljnost i voluntarizam u oporezivanju.<sup>19</sup> Na ovom planu OECD je 2012. godine proklamovao studiju o modelima jače saradnje ili tzv. *enhanced relationship*.<sup>20</sup> Srž ovog pristupa leži u uspostavljanju niza neobavezujućih pravila, instrumenata tzv. *soft-law*, preporuka u smislu

---

<sup>15</sup> Bentley Duncan, *Taxpayers' Rights. Theory, Origin and Implementation*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, str. 2.

<sup>16</sup> U prevodu - poboljšani odnos (*enhanced relationship*).

<sup>17</sup> *Glossary of ADR terms, National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* [http://www.nadrac.gov.au/what\\_is\\_adr/GlossaryOfADRTerms/Pages/default](http://www.nadrac.gov.au/what_is_adr/GlossaryOfADRTerms/Pages/default). Blake Susan, Browne Julie, Sime, Stuart, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 5.

<sup>18</sup> Ivan Pajdan, "Javno i privatno pravo: Transfer pravnih teorija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 44, 3-4/2007, str. 443-461.

<sup>19</sup> <http://www.loyensloeffnews.be/en/publications/newsflashes/private-client-newsflashes/new-ruleson-voluntary-disclosure-in-belgium-as-of-2-july-2013-abolition-of-current-voluntary-disclosure-rules-as-of-1-january-2014.html> dostupno (10. 07. 2013).

<sup>20</sup> *OECD Tax Intermediaries Study – Working Paper 6 – The Enhanced Relationship*, <http://www.oecd.org/tax/administration/39003880.pdf> (25. 04. 2012).

podizanja nivoa poverenja u samom postupku oporezivanja u cilju poboljšane naplate poreza putem dobrovoljnog pristupa poreskih obaveznika.

AKTUELNO STANJE PRAVNE ZAŠTITE PORESKIH OBAVEZNIKA  
U REPUBLICI SEVERNOJ MAKEDONIJI

Analiza istorijskih prilika u kojima su se nalazili poreski obaveznici govori da su "ljudska prava više stradala nego narodi – šta poželi poreznik to i dobije, uključujući i slobodu ljudi ako mu se prohte."<sup>21</sup> Poreski teoretičar Čarls Adams opisuje poziciju poreskih obaveznika u društvima u kojima postoji "ugnjetaujuće oporezivanje". Naime, pozicija poreskih obaveznika se javlja u tri razdoblja: prvo razdoblje je upozoravajuće u kome se javljaju masovna utaja poreza i poreska bekstva; drugo razdoblje je razdoblje pobune; treće razdoblje je praćeno nasiljem. Kao odgovor državna vlast prvenstveno odgovara "lomljenjem" prkosnih poreskih obaveznika putem kreiranja poreske politike sklone smešnim prekršajima, gde je prva žrtva sloboda, a nakon toga stradaju bogatstvo i snaga naroda.<sup>22</sup> Oporezivanje ugrožava pravo na svojinu. Analogno tome, Hegel je istakao da preko svojine ličnost dobija "spoljašnu sferu slobode"<sup>23</sup>. Ovo bi, u slučaju oporezivanja, značilo: ugroženo pravo na svojinu ugrožava i pravo na slobodu. U širem kontekstu "zadatak jedne države je, ne samo da zaštiti pojedinca u njegovoj svojini, već treba i pravilno da raspodeli dobra, "svakom da da njegovo i da ga utemelji u njegovo", svako, isto tako, da dobije ekonomsku šansu, da zaradi za udobniji život."<sup>24</sup> Savremene države nisu uspele u potpunosti da eliminišu takozvano "ugnjetaujuće oporezivanje", glas poreskih obaveznika i njihovo nezadovoljstvo su vidljivi i prisutni i danas.

Prava poreskih obaveznika u širom kontekstu uključuju: pravo na fer odnos između poreskih organa i poreskih obaveznika; jednostavan, jasan i nedvosmišlen postupak utvrđivanja poreske obaveze; poreski teret u skladu sa određenim okolnostima kao što su, na primer, ekonomske prilike, socijalno stanje ili lične okolnosti; horizontalnu i vertikalnu jednakost pri utvrđivanju poreske obaveze; oporezivanje u skladu sa zakonom; jednostvan i brz način zaštite prava u jasnom i

---

<sup>21</sup> Charles W. Adams, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*, 1993, op. cit, str. XVII.

<sup>22</sup> *Ibidem*, str. XVII – XVIII.

<sup>23</sup> Detaljnije u: Theodor W. Adorno, *Hegel: Three Studies*, MIT, Massachusetts, 1993.

<sup>24</sup> Reinhold Zippelius, *History*, chapter 17, str. 178, citirano u: Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck oHG, München, 2006.

efikasnom postupku pred poreskim organima i pred sudovima; racionalno trošenje poreskih prihoda i sl.

Postoje savremene države koje su donele deklaracije, povelje, rezolucije o pravima poreskih obaveznika koje na sistematičan način utvrđuju prava poreskih obaveznika kao i načine za njihovo ostvarivanje i zaštitu. Kanada je prva pristupila ovakvoj praksi, potom, Velika Britanija, SAD, Australija, Novi Zeland, i dr. Na ovom planu, poreski obaveznici su, putem sopstvenog udruživanja, doprineli zaštiti i unapređenju svojih prava. Karakteristične po ovom pitanju su skandinavske države, Nemačka, SAD, Kanada kao i asocijacije poreskih obaveznika tzv. Evropska i Međunarodna asocijacija poreskih obaveznika.

Poreska stvarnost, kad je u pitanju zaštita ljudskih prava u postupku oporezivanja, u Republici Severnoj Makedoniji (dalje u tekstu RSM) beleži promene, koje se ogledaju u konceptu predviđene pravne zaštite i instrumentima za obezbeđivanje njene efikasnosti. Proces restrukturiranja ekonomskih odnosa, posle osamostaljenja države, praćen je donošenjem niza strukturalnih zakona u smislu izgradnje slobodnog tržišta. Na planu oporezivanja, u RSM, poreski obaveznici, posredno, odlučuju o uvođenju poreza, njihovoj visini, nameni kao i o raspodeli poreskog tereta,<sup>25</sup> kao što je to slučaj u svim demokratskim državama. Legitimitet predstavničkog tela ujedno ima i funkciju "indikatora legitimiteta u oporezivanju".<sup>26</sup>

#### PRAVNA ZAŠTITA PORESKIH OBAVEZNIKA U REPUBLICI SEVERNOJ MAKEDONIJI

Kontrola organa državne uprave, uključujući i poreske organe u RSM se odvija u okviru krivičnog postupka<sup>27</sup>, građanskog postupka<sup>28</sup>, ustavno-sudske kontrole<sup>29</sup> i upravne-sudske kontrole.<sup>30</sup> Pored sudske kontrole, Ustav RSM predviđa i vansudsku, odnosno upravnu kontrolu poreskih akata.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Božidar Jelačić i dr., *Finansijsko pravo i finansijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 226.

<sup>26</sup> Josef Werdel, *Allgemeines Steuerrecht* (Springer – Verlag Wien, 2000), str. 59, citirano u Božidar Jelačić i dr., *Finansijsko pravo i finansijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 226.

<sup>27</sup> Krivična odgovornost službenih lica.

<sup>28</sup> Odgovornost javnih službenika za materijalnu štetu.

<sup>29</sup> Kontrola opštih akata administracije.

<sup>30</sup> Protiv konačnih konkretnih danočno-upravni akti.

<sup>31</sup> Čl. 50, Ustava RSM.

Akcent će biti postavljen na analizu upravne zaštite i upravno-sudske zaštite prava poreskih obaveznika.

#### VANSUDSKA ZAŠTITA PRAVA PORESKIH OBAVEZNIKA

Pravna zaštita u vidu vansudske zaštite prava poreskih obaveznika u RSM beleži bitne promene u legaslativi, u relativno kratkom vremenskom periodu. Zakon o poreskom postupku iz 2006. godine,<sup>32</sup> predviđao je dvostepenu upravnu zaštitu putem prava na prigovor pred Upravom javnih prihoda i prava na žalbu pred Ministarstvom finansija. Pravo prigovora ukinuto je 2009. godine, a zadržano je pravo na žalbu, da bi 2015. godine bilo ukinuto i pravo na žalbu. Jedini mehanizam upravne zaštite poreskih obaveznika ostaje pravo na vanredne pravne lekove uz supsidijarnu primenu Zakona o opštem upravnom postupku.<sup>33</sup>

Nepobitan je značaj upravne zaštite poreskih akata iz razloga što poreski obaveznici mogu svoja prava da zaštite pred organom koji je doneo poresko-upravni akt, što predstavlja jedan vid auto-kontrole. Ovaj vid kontrole daje mogućnosti poreskom organu da sam izvrši reviziju akata koje je doneo i da na taj način smanji broj predmeta koji bi završili u upravno-sudskoj kontroli.

Statistika pokazuje da je broj žalbenih predmeta od strane poreskih obaveznika veliki, bez obzira da li je postupak jednostepeni ili dvostepeni. Broj predmeta se znatno povećao pred Ministarstvom finansija, kad je ukinut prigovor u 2009. godini. Broj predmeta po žalbi u 2008. godine iznosio je 615 da bi se u 2009. podigao na 2379 predmeta.<sup>34</sup>

Po istoj analogiji raste i broj predmeta pred Upravnim sudom kada je ukinuto pravo na žalbu pred Ministarstvom finansija. Promena u zakonodavstvu je rezultirala pravnom nesigurnošću za poreske obaveznike. Osnovni argument uklanjanja upravne zaštite bio je skraćivanje trajanja postupka pravne zaštite, što se u praksi nije pokazalo kao takvo. Naime, neki poreski sporovi, zbog svoje kompleksnosti, traju duže. Analiza prakse Upravnog suda u poreskim predmetima pokazuje da se predmeti najčešće vraćaju poreskim organima na ponovno razmatranje, gde Sud ceni zakonitost bez meritornog odlučivanja o predmetu.<sup>35</sup> Puka

---

<sup>32</sup> Zakon za danočna postupka, *Služben vesnik RM*, br. 13/06; U.br.228/2006, U. br. 237/06 . U. br. 213/2007, U. br. 152/2008 U. br. 219/2008.

<sup>33</sup> Zakon za opštata upravna postupka, *Sl. vesnik RM*, br. 145, 23.07.2015. godine.

<sup>34</sup> Uprava javnih prihoda, Godišni izveštai za rabota na UJP 2007, 2008, 2008, 2010, detaljnije na: [www.ujp.gov.mk](http://www.ujp.gov.mk).

<sup>35</sup> U izveštajima Upravnog suda izostaju podatci o broju predmeta po koji je odlučio meritorno.

ocena zakonitosti poreskih akata od strane Upravnog suda otežava mogućnost efikasne pravne zaštite iz razloga što u složenijim predmetima Upravni sud odlučuje više puta, zbog toga što postoji praksa da vraćeni predmeti dobijaju nove arhivske brojeve i da se postupak pretvora u “ping-pong igru”.

#### UPRAVNO-SUDSKA ZAŠTITA PRAVA PORESKIH OBAVEZNIKA

Analizu upravno-sudske zaštite prava poreznih obaveznika ovom prilikom ćemo podeliti u dve celine: aktuelna pozicija poreskih obaveznika u upravno-sudskoj zaštiti i analiza novih rešenja u okviru novog Zakona o upravnim sporovima, koji je RSM donela 2019. godine, a koji počinje da važi od maja 2020. godine i njegove reperkusije na poziciju pravne zaštite poreskih obaveznika.

Upravno-sudska zaštita poreznih obaveznika u RSM je pretrpela česte promene u legislativi. Do kraja 1993. godine, kada je donet Zakon o upravi javnih prihoda,<sup>36</sup> upravno-sudska zaštita poreskih obaveznika je bila u nadležnosti okružnih privrednih sudova, a sporovi su bili nazivani upravno-računovodstveni sporovi.<sup>37</sup> Od početka 1994. godine pa do 2006. godina upravno-sudska zaštita prava poreskih obaveznika je bila u nadležnosti Vrhovnog suda, u skladu sa republičkim Zakonom o upravnim sporovima iz 1952. godine i njegovim izmenama i dopunama iz 1977. godine. 2006. godine bio je donet novi Zakon o upravnom postupku, čija primena je otpočela 2007. godine. Upravni sud je otpočeo sa radom kasnije i to 2009. godine. Ovo zakonsko rešenje nije sadržalo osnovna načela Evropske konvencije o ljudskim pravama i slobodama, koja su sadržana u članu 6 Konvencije.<sup>38</sup> Pravo na žalbu je bilo restriktivno. Ova odredba je bila ukinuta kao protivustavna od strane Ustavnog suda 2008. godine<sup>39</sup>. Period od 2008. do 2009. godine za upravno-sudsku kontrolu poresko-upravnih akata je dosta značajan zato što je žalba postala redovni pravni lek, a počeo je sa radom i specijalizovani upravni sud nadležan na čitavu teritoriju države. Kao rezultat nesistematičnosti u reformi pojavile su se i pravne praznine: nepostojanje nadležnog suda i

---

<sup>36</sup> *Služben vesnik RM*, broj 80/93.

<sup>37</sup> Sejdefa Džafče, “Pravna zaštita na danočnite obrvrznici vo ramkite na postojnata danoč-na postapka i noviot Zakon za upraven spor”, *Delovno pravo, Združenie na pravnici na RM*, Godina XX, broj 40, maj 2019, Skopje, str. 169.

<sup>38</sup> Usmena rasprava, kontradiktornost, rešavanje u razumnom roku, jednakost stranaka pred sudom i slično), slučajevi pred Evropskim sudom za ljudska prava protiv Republike Makedonije, u kojima je konstatovana povreda člana 6 stava 1 EKLJP: predmet Mitkova protiv Makedonije, 15. oktobar 2015. godine, br. 48386/09, i Taseva Petrovska protiv Makedonije, 11. januar 2018. godine, br. 48386/09.

<sup>39</sup> Odluka U. br. 231/2008.

neregulirani postupak po žalbi.<sup>40</sup> I u 2010. godini upravno sudstvo beleži značajne promene: formiran je Viši upravni sud koji ima nadležnost da odlučuje po žalbi protiv odluka Upravnog suda. Iste godine je bio narušen koncept upravo-sudske kontrole poreskih akata zato što je omogućeno poreskom organu da, ukoliko nije zadovoljan presudom Upravnog suda, pokrene žalbeni postupak pred Višim upravnim sudom preko ombudsmana.

Osnovne slabosti u postupku upravo-sudske kontrole poreskih akata su sledeće:

- neodržavanje javne rasprave (posebno bitan uslov u poreskim predmetima zbog njihove složenosti i specifičnosti), dovelo je do rutinskog odlučivanja u upravno-sudskoj kontroli poreskih akata;

- neujednačeno tumačenje pravnih instituta od strane poreskih organa i Upravnog suda;

- nedostatak kompetentnosti upravnih sudija;

- nesisistematičan pristup regulisanju materije upravo-sudske zaštite je rezultirao nizom pravnih praznina koje se rešavaju supsidijaranom primenom Zakona o parničnom postupku u odlučivanju Upravnog i Višeg upravnog suda. Na ovaj način dogodilo se da se u materiji koja spada u javno-pravnu oblast primenjuju pravila koji su karakteristična za privatno pravo;

- uloga Upravnog suda je od samog njegovog formiranja bila kasaciona, dok je meritorno odlučivanje isključeno, iako je, u skladu sa Zakonom o upravnim sporovima, trebalo biti pravilo. Zbog toga se sporovi najčešće vraćaju na ponovno rešavanje pred poreskim organima, čime se postupci odugovlače. Pri ponovnom odlučivanju poreski organi ne postupaju prema instrukcijama koje su dobili od Upravnog suda;

- prisutno je nedostavljanje spisa predmeta što dovodi u pitanje pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja od strane Upravnog suda;

- ne postoji mehanizam, niti metodologija izvršavanja odluka Upravnog i Višeg upravnog suda od strane poreskih organa, što direktno dovodi u pitanje efikasnost upravnog spora.<sup>41</sup>

Analiza postupaka pred Upravnim sudom pokazuje da se broj tužbi povećao tokom 2016. godine, kada je bilo ukinuto pravo na žalbu pred Ministarstvom finansija. Tokom 2015. godine broj poreskih predmeta je iznosio 612, da bi

---

<sup>40</sup> Sejdefa Džafče, "Pravna zaštita na danočnite obvrznici vo ramkite na postojnata danoč-na postapka i noviot Zakon za upraven spor", *Delovno pravo, Združenie na pravnici na RM*, Godina XX, broj 40, maj 2019, Skopje, str. 171.

<sup>41</sup> RSM ja dobila prvu presudu od strane ESLJP u slučaju Euromak metal DOO v. Republika Makedonija iz 14. juna 2018. godine, u kojoj je konstatovana povreda Protokola 1 u postupku oporezivanja, slučaj Euromak metal DOO v. Republika Makedonija, Žalba br. 68039/1.



se 2016. godine povećao na 1231<sup>42</sup> predmeta. S druge strane, analiza pokazuje da se broj rešenih predmeta skoro udvostručio tokom 2017. u odnosu na 2016. godinu, i iznosi 650 u 2016. godini, da bi u 2017. godini dostigao broj od 1331 rešeni predmet<sup>43</sup>, sa istim kapacitetima suda u odnosu na kadrovske kapacitete. Možemo da zaključimo da se ukidanje prava na žalbu pred Ministarstvom finansija odrazilo na efikasnost upravno-sudske zaštite. Veliki broj predmeta koji su rešeni, sa jako niskim procentom u kojima postoji meritorno odlučivanje, sa istim kapacitetima sudija, pokazuje da je rutinsko odlučivanje u poreskim predmetima jako prisutno.

#### ŠTA DONOSI NOVI ZAKON O UPRAVNIM SPOROVIMA ZA PORESKE OBAVEZNIKE

Postupak upravno-sudske kontrole poreskih akata pretrpeo je veliki broj izmena i dopuna, koje ni u jednom momentu nisu bile dovoljne da bi se poboljšalo stanje poreskih obaveznika u postupku pravne zaštite. Nesistematičnost rešenja dopunski je pogoršala postupak upravo-sudske zaštite poreznih obaveznika. RSM je donela novi Zakon o upravnim sporovima (u daljem tekstu ZUS) 2019. godine<sup>44</sup>. Analiza novog ZUS beleži značajne promene u konceptu upravno-sudske kontrole u delu prihvatanja osnovnih principa Evropske konvencije o ljudskim pravima i obavezama. U njegovoj primeni očekuje se da se poboljša pozicija poreskih obaveznika kao rezultat primene sledećih načela i novina:

- načelo zakonitosti, koje predviđa obavezu suda da odlučuje na osnovu Ustava RSM, zakona i međunarodnih ugovora ratifikovanih u skladu sa Ustavom RSM, konzistentnost odluka u skladu sa principima precedentnog prava;
- načelo saslušanja stranaka od strane suda;
- načelo usmene rasprave (javna, neposredna i usmena rasprava);
- načelo kontradiktornosti koje omogućava strankama da se izjasne na tvrdnje i predloge suprotne strane.
- načelo efikasnosti postupka, donošenja odluke u razumnom roku, (ne dužem od devet meseci od dostavljanja spisa predmeta);
- odlučivanje od strane sudije pojedinca;
- jasna pravila postupka u tužbenom i žalbenom postupku;

---

<sup>42</sup> Podaci su dobijeni putem zahteva o informaciji javnog karaktera u: Odgovor na baranje za pristap na informaciji od javen karakter SPI br. 05-3/19, od strana Upravnog suda RSM.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Zakon za upravni sporovi, *Služben vesnik RSM*, br. 96/19, iz 17.05.2019, čija primena počinje 25.05.2020. godine.

- meritorno odlučivanje kao pravilo;
- elektronska komunikacija;
- novčana kazna za sve organe u slučaju da ne dostave spise predmeta sudu.

Bitna novina je predviđena članom 6 stav 2 ZUS-a kojom se pravi distinkcija između upravnih akata u zavisnosti da li su doneti na osnovu slobodne ocene od strane nadležnog organa ili su to akti koji su zakonom vezani. Naime, ukoliko su predmet upravne-sudske kontrole akti koji su doneti na osnovu diskrecionih ovlašćenja onda se kontrola tih akta svodi na kontrolu zakonitosti u granicama takvih ovlašćenja. Kontrola celishodnosti u upravno-sudskom postupku je značajna, posebno u slučajevima kada poreski organ donosi poresko-upravni akt na osnovu slobodne ocene, u kojima može da postoji povreda tipa necelishodnosti ili neoportunisti.<sup>45</sup> U ovom slučaju postavlja se pitanje da li aktuelna pravna regulativa RSM omogućava pravnu zaštitu i kontrolu poresko-upravnih akata donetih primenom diskrecionih ovlašćenja.<sup>46</sup>

U Zakonu o poreskom postupku pri utvrđivanju naplate i kontrole poreza postoji niz slučajeva u kojima poreski službenici imaju diskreciona ovlašćenja. Kontrola poresko-upravnih akata od strane Upravnog suda donetih na osnovu slobodne ocene, kotrola je zakonitosti u smislu cilja poreskog zakona. Predmeti u kojima postoji povreda biće vraćani poreskim organima koji su doneli poresko-upravne akte, odnosno, za centralne poreze, Upravi javnih prihoda, a za lokalne poreze, Opštini, na ponovno razmatranje. ZUS u ovakvim slučajevima predviđa da Upravni sud daje instrukcije upravnim organima u kom pravcu treba da postupaju.

Na ovaj način, ukoliko se ne poboljša kadrovska struktura Upravnog suda, postavlja se pitanje da li sudije imaju kapacitet da pravilno primene zakon, i samim tim daju pravilno pravno mišljenje u odnosu na primenu materijalnog prava, s obzirom na složenost poreskih predmeta. Poreski obaveznici biće dovedeni u poziciju da o njihovim pravima opet odlučuje poreski organ koji je već jednom odlučivao u poreskom postupku. ZUS predviđa mogućnost, ukoliko poreski organ nije postupio po pravnom mišljenju suda, i ukoliko poreski obaveznik ponovo pokrene postupak pred Upravnim sudom da sam Upravni sud reši predmet, a da odgovornom službeniku izrekne novčanu kaznu od 20% plate zato što, iz neopravdanih razloga, nije postupio po pravnom mišljenju Suda.

---

<sup>45</sup> Sejdefa Džafče, *Danočno pravo*, avtorizirani predavanja, Skopje, 2017, str. 415.

<sup>46</sup> Sejdefa Džafče, "Pravna zaštita na danočnite obvrznici vo ramkite na postojnata danočna postapka i noviot Zakon za upraven spor", *Delovno pravo, Združenie na pravnici na RM*, Godina XX, broj 40, maj 2019, Skopje, str. 171.

## ZAKLJUČAK

Kompleksnost poreske materije se reflektuje i na poziciju poreskih obaveznika u postupku utvrđivanja, kontrole i naplate poreza. RSM nije uspela da izgradi efikasan sistem zaštite prava poreskih obaveznika. Česte promene u regulativi RSM u poreskoj materiji negativno utiču na pravnu sigurnost poreskih obaveznika. Aktuelan postupak pravne zaštite sveden je na upravno-sudsku kontrolu poresko-upravnih akata. Analiza prakse Upravnog suda pokazuje da postupak zaštite ne daje garancije za pravilnu primenu materijalnog prava iz razloga što je upravno-sudska kontrola poreskih akata jako rigidna. Ne postoji kadrovska struktura u Upravnom i Višem upravnom sudu koja može da odgovori na potrebe rešavanja predmeta iz poreske materije zbog njene kompleksnosti i specifičnosti. Očekuje se da dosledna primena novog Zakona o upravnim sporovima, koji je usaglašen sa praksom Evropskog suda za ljudska prava pri tumačenju člana 6 Evropske konvencije, poboljša nivo zaštite prava preko primene principa Evropske konvencije za ljudska prava. Međutim, to nije dovoljno da se poboljša pozicija poreskih obaveznika u društvu. Potrebno je da se uspostavi posebni finansijski sud u okviru upravnih sudova koji bi rešavao poreske predmete. Država treba da pristupi izgradnji modela komunikacija i fer odnosa između poreznih organa i poreskih obaveznika u cilju poboljšanja naplate poreza i podizanja nivoa dobrovoljnosti u oporezivanju. Što se tiče alternativnih načina rešavanja poreskih sporova, smatram da RSM nije spremna da taj koncept pravilno primeni zbog narušenih principa demokratije.

SEJDEFA DZAFICHE, LL.D.,  
Associate Professor at Faculty of Law  
and Political Science, FON University, Skopje  
VESNA PENDOVSKA, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,  
“St. Cyril and Methodius” University, Skopje

### LEGAL PROTECTION OF THE TAXPAYERS IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

– Current issues of administrative and administrative-court protection –

#### Summary

Complexity of taxation has a noticeable impact on the position of tax payers in the process of specifying, control and tax collection. RNM failed to develop an efficient system of protection of taxpayers' rights. In addition, frequent amendments to the legislation relating to taxation has a neg-

ative impact on the tax payers' legal safety. The current procedure of legal protection is limited to administrative - court control of the taxation and administrative acts.

The analysis of the current practice of the Administrative Court indicates that the protection procedure fails to guarantee proper application of the case law, due to the administrative court control of the taxation acts which is significantly rigid. The Administrative and Higher Administrative Courts are insufficiently staffed to be able to respond to the needs of the tax-related issues, including their complexity and peculiarities. Consistent application of the new Law on administrative disputes which is aligned with the provisions of the European Court of Human Rights in the interpretation of Article 6 of the European Convention is expected to improve the level of protection of rights through the application of the European Convention of Human Rights. However, that will not be sufficient to improve the position of tax payers in the society. It is important to establish a specific, separate financial court within Administrative courts, in charge of tax-related issues. The state should approach this matter through developing a model of communication and fair relations between the tax collection departments and taxpayers, with an aim to improve tax collection and raise the positive outlook to the tax collection as a concept. Regarding alternative methods of handling tax-related cases, RNM is not prepared at this stage to apply this concept efficiently, partly due to the weakened principles of democracy.

*Key words:* legal protection of the taxpayers, administrative protection, administrative - court protection, Republic of North Macedonia, alternative dispute resolution

## OTVORENA PITANJA U VEZI SA OPOREZIVANJEM EKONOMIJE DIJELJENJA

*Posljednje desetljeće obilježeno je brojnim i opsežnim promjenama u komunikaciji, zahtjevima, navikama i očekivanjima svih učesnika na globalnom tržištu, posebno korisnika dobara i usluga, uz istovremeni snažni razvoj digitalne industrije.*

*Kao odgovor na ekonomsku krizu iz 2008. godine i izmijenjena očekivanja na tržištu se pojavio novi ekonomski koncept baziran na principu međusobnog dijeljenja resursa (uključujući i ljudski rad) sa ili bez naknade, i to upotrebom različitih internet platformi. Pomenuti koncept poznat pod nazivom ekonomija dijeljenja, osim prednosti koje se ogledaju kroz, primjera radi, podsticanje razvoja preduzetništva i samozapošljavanja nezaposlenih, dijeljenje znanja, dostignuća i tehnologije, podsticanju razvoja turizma, ima i izvjesne negativne aspekte. Kao takvi se, prije svega, ističu problemi u vezi sa oporezivanjem, odnosno nedostatak legislative kojom bi se uredila(e) oblasti oporezivanja rada, identifikovali poreski obveznici i osnovice, predmeti oporezivanja, odredile poreske jurisdikcije, ali i zaštitila prava poreskih obveznika.*

*U ovom radu će biti ukazano na neke od dilema koje se u ekonomiji dijeljenja javljaju prilikom određenja poreskog obveznika, poreskog objekta i nadležne poreske jurisdikcije, te dati pregled potencijalnih rješenja pomenutih otvorenih pitanja.*

*Ključne riječi: digitalna ekonomija, ekonomija dijeljenja, oprezivanje*

### U V O D

Digitalna revolucija započeta sedamdesetih koja traje i danas, odnosno intenzivna upotreba interneta omogućili su i “otvorili vrata” novom načinu poslo-

---

Dr Bojana Vasiljević Poljašević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, uža naučna oblast finansijsko pravo.

vanja i tržišta koje do tada nije bilo poznato ili je postojalo u veoma ograničenom obliku. Osim navedenog, promjene u načinu i kvalitetu života i rada modernog čovjeka, odnosno brz stil života, ograničeno vrijeme, nove potrebe, novi vidovi usvajanja znanja i istraživanja, ali i nove mogućnosti stvorene inovativnim uslugama i uz podršku informacionih tehnologija, zahtijevali su nova rješenja, tj. napuštanje tradicionalnog pristupa poslovanju i kreiranje novog, inovativnog modela baziranog, prije svega, na internet platformi, *peer to peer* tehnologiji i društvenim mrežama.

No, s obzirom na to da se sva komunikacija i “trgovina” odvija *on line* i bez neposrednog susreta i ugovora između pružaoca i primaoca usluge/dobra, kao uslov neophodan da bi se uopšte poslovalo u ovom virtuelnom i *on line* globalnom tržištu jeste povjerenje između korisnika. Takođe, za razliku od čiste ekonomije razmjene, shodno mišljenju Evropskog privrednog i socijalnog odbora, ekonomija dijeljenja se zasniva na ideji novčane ili nenovčane naknade.<sup>1</sup> Konačno, u istom Mišljenju kao obilježja koja su imanentna praksama ekonomije dijeljenja pomoću kojih se te prakse razlikuju od prakse tržišne ekonomije navode se:<sup>2</sup>

– da ta praksa ne dovodi do vlasništva nad robom niti do suvlasništva, već do zajedničke upotrebe ili korišćenja;

– posrednička uloga platforme koja povezuje, prvenstveno elektronskim putem (putem preglednika ili aplikacije), brojne osobe koje nude robu ili usluge brojnim korisnicima je od krucijalne važnosti;

– zajednički cilj svojstven toj vrsti djelatnosti je bolje iskorištavanje predmetne robe ili usluge na osnovu dijeljenja; i

– stranke učesnice u ovom poslovnom modelu moraju biti “ravnopravni partneri” (P2P), odnosno u pomenutom modelu poslovanja ugovorni odnosi nikad ne mogu biti između preduzeća i potrošača (B2C), nezavisno od toga da li se radi o fizičkom ili pravnom licu, uključujući i trgovinska društva, pod uslovom da dijeljenje ne postane svrha trgovinskog društva.<sup>3</sup>

#### EKONOMIJA DIJELJENJA

U teoriji i praksi se kao sinonimi za ekonomiju dijeljenja koriste različiti termini, a najčešće termini zajedničke (kolaborativne) ekonomije/potrošnje, cir-

<sup>1</sup> Evropski privredni i socijalni odbor, “Mišljenje o ekonomiji dijeljenja i samoregulaciji”, INT/779, Brisel, 25.05.2016, str. 3.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>3</sup> Važno je naglasiti da nije lako načiniti distinkciju gdje prestaje lična, a nastaje profesionalna sfera i obratno. Zbog toga je uslov da se pod transakcijama unutar ekonomije dijeljenja podrazumijeva samo P2P ali ne i B2C veoma važan, posebno kada se ove transakcije posmatraju u smislu poreskog tretmana istih.

kularne ekonomije, ekonomije honorarnih poslova (*gig economy*), ekonomije bazirane na platformi, *peer to peer* ekonomija i sl.

S obzirom na brojne sinonime, nije teško zaključiti da različiti autori pod područjem djelovanja ekonomije dijeljenja podrazumijevaju raznoliko, kompleksno i veoma široko područje. U skladu sa navedenim, moglo bi se kazati da ne postoji jedna jedinstvena, odnosno univerzalna definicija ekonomije dijeljenja. No, isto tako, brojni su i pokušaji da se definiše ekonomija dijeljenja, od kojih ćemo ukazati samo na neke od njih. Evropska komisija definiše ekonomiju dijeljenja<sup>4</sup> kao “poslovni model u kome su aktivnosti pojednostavljene upotrebom zajedničke platforme koja kreira otvoreno tržište privremene upotrebe dobara ili usluga koje često, pružaju privatna lica – pojedinci.”<sup>5</sup>

*Botsman* pod ekonomijom dijeljenja podrazumijeva “sistem zasnovan na dijeljenju nedovoljno iskorišćene imovine ili robe/usluga, besplatno ili uz naknadu i u direktnoj komunikaciji pojedinaca ili organizacija.”<sup>6</sup>

U osnovi koncepta ekonomije dijeljenja jesu ekonomske aktivnosti u kojima učesnici dijele pristup proizvodima ili uslugama umjesto da nad istim imaju zasebno vlasništvo. Na tim osnovama, platforma za ekonomiju dijeljenja pruža priliku pojedincima da ponude svoja dobra i/ili usluge drugima. Dakle, moglo bi se reći da je jedan od principa na kome počiva ekonomija dijeljenja uzajamnost, odnosno davanje svoje imovine, tj. dobra ili usluge drugom, uz istovremenu spremnost da se prihvatiti i koristiti tuđe dobro/usluga.

Takođe, može se postaviti i pitanje načina na koji funkcioniše platforma ekonomije dijeljenja. Naime, pružaoci usluga se, prije svega, registruju na *on line* platformi i prijavljuju dobro/uslugu koju žele ponuditi, uz napomenu da isti (često) imaju slobodu odlučivanja o cijeni i dostupnosti usluge. Nakon što se ponuda objavi na platformi za ekonomiju dijeljenja, ista postaje dostupna javnosti. No, da bi se transakcija zbilja i realizovala, potrebno je da se zainteresovano lice - primalac, takođe registruje na platformi i da se javi pružaocu dobra/usluge. Po okončanju pregovora između primaoca i pružaoca usluge u vezi sa preciznim uslovima razmjene/dijeljenja, naknada će biti plaćena ili na platformi, i nakon će umanjena za određeni procenat biti prenesena davaocu usluga ili putem platforme ili na način da primalac odmah i direktno plati robu/uslugu dava-

---

<sup>4</sup> Evropska komisija koristi termin zajedničke/kolaborativne ekonomije

<sup>5</sup> European Commission, “*Communication from the Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions - A European Agenda for the Collaborative Economy*”, COM(2016) 356 final, Bruxelles, 2016, p. 2, 13.9.2019.

<sup>6</sup> Rachel Botsman, “*The Sharing Economy: Dictionary of Commonly Used Terms*”, 2015, p. 1. dostupno na: <https://medium.com/@rachelbotsman/the-sharing-economy-dictionary-of-commonly-used-terms-d1a696691d12>, 15.9.2019.

ocu robe/usluga. Konačno, gotovo po pravilu, kao završni čin transakcije jeste davanje ocjena od strane jednog učesnika drugom učesniku (i obratno) u transakciji, na osnovu čega obje strane dobijaju određene "bodove". Na ovaj način učesnici postaju prepoznatljiviji i identifikovane kao pouzdani, provjereni i cijenjeni prodavci/kupci na platformi. Ovim se, zapravo, zasniva i unapređuje, u radu ranije pominjan, sistem povjerenja.

### *Razmjere ekonomije dijeljenja*

Do samo unazad par godina bilo je nezamislivo da će ljudi u skorijoj budućnosti biti u mogućnosti da vozilo naruče preko aplikacije na računaru ili pametnom telefonu (*Uber*), da se tim vozilom odvezu do stambene jedinice koju su iznajmili preko platforme (*Airbnb*), da u toj jedinici preko *web* aplikacije naruče hranu (*Instracart*), da se nakon obroka odvezu u radni prostor koga su, također, iznajmili putem internet platformi (*Liquid Space*). Danas je sve ovo, ali i mnogo više od toga, dostupno u realnom vremenu svakom pojedincu koji ima pristup internetu.

Kada se govori o razmjerama ekonomije dijeljenja, valja naglasiti da iste već neko vrijeme djeluju gotovo potpuno nesagledivo. Tvrdnju potkrepljuju i određene studije kao što je, primjera radi, studija koju je uradila renomirana svjetska računovodstvena, revizorska i konsultantska kuća *Price Waterhouse Coopers*, prema kojoj pet vodećih sektora, i to sektori putovanja, razmjena vozila, finansije, zapošljavanje i muzički i video *streaming* imaju potencijal da povećaju globalne prihode od ekonomije dijeljenja sa otprilike 15 milijardi \$ u 2015. godini na iznos od 335 milijardi \$ do 2025. godine.<sup>7</sup> No, s obzirom na to da je pomenuta analiza posmatrala samo pet vodećih sektora ekonomije dijeljenja, može se zaključiti da će ukupni prihodi do 2025. godine biti mnogo viši od onih prikazanih u analizi *PWC*. Nadalje, shodno studijama Evropske komisije potencijal rasta ekonomije dijeljenja je viši od 25% na godišnjem nivou.<sup>8</sup> Takođe, studija koja je prikazana u *Piper Jaffray Investment Research Study* je pokazala da će do 2025. godine rentiranje na bazi dijeljenja smještajnih jedinica dostići nivo od 10% ukupno bukiranih smještajnih jedinica, uz generisane prihode od 107 milijardi \$,<sup>9</sup> dok će *Uber* i druge platforme za dijeljenje vozila uz ostvarene prihode od oko 90 milijardi \$ prisvojiti više od 5% globalnog taksi

<sup>7</sup> Price Waterhouse Coopers Consumer Intelligence Series, "The Sharing Economy", 2015, p. 14. <https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharing-economy.pdf>, 10.9.2019.

<sup>8</sup> Kristina Dervojeda, Diederik Verzijl, Fabian Nagtegaal, Mark Lengton, Elco Rouwmaat, Erica Monfardini, Laurent Frideres, "The Sharing Economy Accessibility Based Business Models for Peer-to-Peer Markets Business Innovation Observatory", EU, 2013, p. 2.

<sup>9</sup> Michael J. Olson, Samuel J. Kemp, "Piper Jaffray Investment Research - Sharing Economy - An In-Depth Look At Its Evolution & Trajectory Across Industries", 2015, p. 13. <https://collabora->



tržišta.<sup>10</sup> Takođe, *Lilico* i *Sinclair* su u istraživanju rađenom za potrebe Evropskog parlamenta u 2016. godini dokazali da će potencijalni godišnji prihod (benefit) generisan kao rezultat efikasnije upotrebe nekorištenih ili neodovoljno korištenih resursa u okvirima ekonomije dijeljenja u Evropi dostići nivo od 572 milijarde €. <sup>11</sup>

Konačno, dodamo li navedenom i činjenicu da skoro 60% od ukupnog broja stanovnika planete Zemlje spada u internet korisnike, “slika” o potencijalu ekonomije dijeljenja postaje mnogo jasnija.<sup>12</sup>

#### OPOREZIVANJE EKONOMIJE DIJELJENJA

Još od 2015. godine “svijet” se intenzivno bavi problemom oporezivanja ekonomije dijeljenja. Brojne su države ili gradovi koje su do danas na ovaj ili onaj način riješile, ili bar pokušale da riješe problem oporezivanja prethodno navedene ekonomije. No, isto tako brojne su i zemlje koje nisu uopšte pristupile problemu oporezivanja ekonomije dijeljenja čekajući da se oporezivanje riješi “samo po sebi” usvajanjem nekog specifičnog, uniformnog pravila oporezivanja pomenute ekonomije. Takođe, osim ova dva slučaja u praksi su poznate i zemlje (i gradovi) koje na oporezivanje ekonomije dijeljenja primjenjuju pravilo, u njima, već važeće legislative.<sup>13</sup> Tako je, primjera radi, Grčka uvela porez na dohodak po osnovu kratkotrajnog rentiranja (*Airbnb type*), zatim Estonija u kojoj je u novembru

---

tiveconomy.com/wp/wp-content/uploads/2015/04/Sharing-Economy-An-In-Depth-Look-At-Its-Evolution-and-Trajectory-Across-Industries-.pdf, 15.9.2019.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>11</sup> Goudin, Pierre, “*The Cost of NonEurope in the Sharing Economy Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*”, PE 558.777, European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit, 2016, p. 6. Dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS\\_STU\(2016\)558777\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf), 14.9.2019.

<sup>12</sup> Podaci o korisnicima interneta dostupni na <https://internetworldstats.com/stats.htm>. 14.9.2019. Podaci su posmatrani sa 30. junom 2019. godine kada je od ukupne svjetske populacije 58,8% bilo korisnika interneta.

<sup>13</sup> V. o tome kako su zemlje identifikovale ekonomiju dijeljenja i šta je sve oporezivo ili nije u sferi ekonomije dijeljenja u 30 zemalja Evrope vidjeti u Izvještaju sačinjenom za Evropsku komisiju, “*Sharing and Caring*” *COST ACTION CA16121, Member Countries Report on the Collaborative Economy*, 2018. Izvještaj dostupan na: <http://sharingandcaring.eu/sites/default/files/files/CountriesReport2018.pdf>, 18.9.2019. Ovakav stav je zauzeo i Evropski privredni odbor, “...Kad je riječ o oporezivanju u sektoru ekonomije saradnje, treba istaknuti da je Stručna skupina za oporezivanje digitalne ekonomije, koju je osnovala Evropska komisija, u svom izvještaju od 28.5.2014. zaključila da ne bi smio postojati poseban poreski režim za digitalnu ekonomiju ili digitalna preduzeća te da se smatra prikladnijim prilagoditi postojeće propise i poreske modele novim kontekstima, oslanjajući se na visok nivo sljedivosti transakcija koje se vrše preko platformi ekonomije dijeljenja u svrhu upravljanja poreskim obavezama. ...”. V. o ovome v: Mišljenje Evropskog privrednog i socijalnog odbo-

2017. godine stupila na snagu tzv. *Uber* regulativa za dijeljenje vožnje i na osnovu koje je od januara 2018. godine uvedeno pojednostavljeno oporezivanje povremenih usluga pruženih od strane fizičkih (privatnih) lica ili pravnog lica. U Francuskoj je od 2015. godine otvorena mogućnost saradnje poreske administracije i internet platformi kod rentiranja stambenog prostora u smislu da *Airbnb* od 01.01.2015. godine vrši naplatu turističke takse u korist Pariza u visini od 0,83 € po noćenju i putniku. S druge strane, brojne su države kao što su, primjera radi, Bugarska, Kipar, Finska, Srbija, Hrvatska i BiH koje nisu ni na kakav način regulisale oporezivanje ekonomije dijeljenja.

Dakle, osnovni postulati na kojima počiva ekonomija dijeljenja, tj. poslovanje na *on line* platformi, (najčešće) globalno plaćanje, tri strane učesnice – primalac i davalac robe/usluga i internet platforma, problem “povlačenja precizne linije” između pružanje usluga/dobara na bazi voluntarizma i bez naknade i pružanje usluga/dobara na ekonomskim osnovama i uz naknadu, problem oporezivanja, odnosno identifikovanje onoga što je oporezivo, onoga ko treba da snosi poresku obavezu, stope koja će se primijeniti na oporezivu osnovicu, i uslovi pod kojim će nešto biti predmet oporezivanja dodatno naglašavaju.

#### *Otvorena pitanja u vezi sa oporezivanjem ekonomije dijeljenja*

Kada se posmatra oporezivanje ekonomije dijeljenja potrebno je, za početak, podsjetiti se da su na nivou Evropske unije direktni porezi ostavljeni u nadležnosti svake države članice, dok su indirektni porezi na nivou Unije prilično harmonizovani. Različite nadležnostima nad direktnim i indirektnim porezima problem oporezivanja ekonomije dijeljenja dodatno naglašavaju.

Naime, na nivou Unije svaka zemlja članica je slobodna da odredi šta se smatra pod, primjera radi oporezivim dohotkom, definiše poreskog obveznika, utvrdi visinu poreske stope, te da uvede poreske olakšice i oslobađanja. Pomenute “slobode u odlučivanju” su upravo i razlog zbog koga je unutar Unije prisutan različit poreski tretman oporezivih dohodaka privatnih pojedinaca i pravnih lica, odnosno samostalnih preduzetnika. Kada je riječ o prihodima koji se najčešće ostvaruju u vezi sa aktivnostima proisteklim iz ekonomije dijeljenja, na nivou Evropske unije je 2015. godine odlučeno da sve će sve države članice oporezivati podjednako, kako dohotke fizičkih lica ostvarene po osnovu povremenog (*occasional*) samozapošljavanja, tako i dohotke ostvarene po osnovu ugovora o radu. U skladu da tim, danas sve članice Unije oporezuje dohotke fizičkih lica po osno-

---

ra, “Oporezivanje ekonomije dijeljenja – analiza mogućih poreskih politika u kontekstu razvoja ekonomije dijeljenja”, *Službeni list EU*, 81/65.

vu povremenih aktivnosti. No, razlike i dalje postoje kada se radi o oporezivanju prihoda po osnovu rentiranja pokretne i nepokretne imovine. Četiri članice i danas isključuju iz oporezivog dohotka prihode ostvarene po osnovu iznajmljivanja pokretne imovine, odnosno dvije isključuju dohotke ostvarene od iznajmljivanja nepokretne imovine.<sup>14</sup> Na osnovu navedenog, ovdje bi se moglo postaviti i pitanje, gdje se onda nalazi problem u vezi sa oporezivanjem dohotka ostvarenog po osnovu ekonomije dijeljenja.

Naime, poznate su platforme kao što je *Coachsurfing* koje dozvoljavaju korisnicima interakciju bez posrednika i koje istim samo olakšavaju/omogućavaju pristup informacijama. Ovi provajderi djeluju na bazi solidarnosti i dijele svoju imovinu *ex gratia* što, da se zaključiti, ne proizvodi nikakve prihode i stoga nije oporezivo... S druge strane, ostale platforme uvećavaju obim transakcija i na toj osnovi generišu i više sopstvenih prihoda. Nadalje, ukoliko se posmatra oporezivanje iznajmljene robe/dobara, po logici stvari, obveznici bi bila lica koja iznajmljuju smještajne kapacitete na *Airbnb* ili muzičke instrumente na *Snap Goods*. Isti je slučaj i sa *Uber* om...<sup>15</sup> U navedenim primjerima vlasnik nepokretnosti ne bi sa tražiocem smještajnih kapaciteta ni "podijelio" svoju nepokretnost, ukoliko zakup za istu ne bi bio plaćen. Takođe, ni vozač u *Uber* ne bi preveo putnika na željenu destinaciju da tražilac usluge nije prilikom naručivanja vozila konkretnu vožnju platio platformi *Uber*. Problem prilikom oporezivanja usluga prevoza nastaje kada se trebaju oporezovati, primjera radi platforme kao što je *Blablacar's*.

Naime, kod ove platforme, vlasnik vozila i putnik dijele troškove puta, tj. goriva, amortizacije, putarine i sl., uz napomenu da putnik ne plaća uslugu prevoza. Tu se postavlja pitanje šta je, u stvari, manifestacija ekonomske snage koju treba zahvatiti (oporezovati). Dakle, problem u svim pomenutim slučajevima je, u stvari, razlikovanja prihoda koje je fizičko lice ostvarilo kao individua, kao pojedinac po osnovu neke povremene aktivnosti i po osnovu koje je samozaposleni ili nije i koji nije oporeziv, a kada ga je ostvarilo po osnovu poslovne aktivnosti i koji bi tada trebalo da bude oporeziv.

Potrebno je naglasiti da su navedene dileme samo od nekih sa kojima se susreću brojne poreske administracije širom svijeta, a zbog kojih i dolazi do problema (ne)oporezivanja dohotka nastalog po osnovu aktivnosti u vezi sa ekonomijom dijeljenja.

---

<sup>14</sup> European Commission, Taxes in Europe Database, 2018, available on [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/tedb/splSearchResult.html](http://ec.europa.eu/taxation_customs/tedb/splSearchResult.html), 18.9.2019.

<sup>15</sup> Lucien Rigaux, "Sharing Economy: A New Challenge for the Tax Systems in the European States?", master thesis, Universität Hamburg, Hamburg, 2016, p. 17.

Kako je već navedeno, oporezivanje indirektnim porezima je gotovo potpuno harmonizovano na nivou Unije, te je u skladu sa tim bilo logično očekivati da se ne bi trebalo biti nekih većih problema prilikom oporezivanja putem PDV u ovoj oblasti. No, nije tako. Evropska komisija je još 2016. godine istakla nekoliko problema u vezi sa oporezivanjem digitalne ekonomije posredstvom PDV.<sup>16</sup> U dva neobavezujuća dokumenta su date smjernice u vezi sa primjenom postojećeg EU modela PDV na ekonomiju dijeljenja. Jedan od njih je Evropska agenda o kolaborativnoj ekonomiji u kojoj je nedvosmisleno naglašeno da isporuka roba i usluga koje se pružaju korisnicima putem ekonomije dijeljenja i preko internet platformi, u načelu, predstavljaju transakcije koje podliježu obavezi plaćanja PDV.<sup>17</sup>

Takođe, u sferi indirektnih poreza, članice određene usluge i proizvodi tretiraju na nejednak način prilikom oporezivanja porezom na dodatu vrijednost u smislu da isti(e) mogu biti oslobođeni plaćanja PDV, zatim praga koji je određen za "ulazak" u sistem PDV. U svim državama članicama pružanje usluga/obezbjedenje dobara od strane individualnih privatnih fizičkih lica najčešće nije oporezivo PDV, dok je oporezivo kada iste usluge/dobra obezbjeđuju pravna lica (pod uslovom da su prešla prethodno pomenuti prag). Kao naredna različitost, moglo bi se navesti obaveza pravnog lica da se registruje kao PDV obveznik kod poreske administracije kada se počne baviti određenom ekonomskom aktivnošću (i kad pređe prag za ulazak u sistem PDV), dok se ta obaveza ne odnosi na fizičko, individualno lica – pojedinca kada se počne baviti istom aktivnošću.

U svakom slučaju, od mnoštva predloženih ideja, rješenje koje će po svojoj prilici biti prihvaćeno u zemljama OECD od 2020. godine je da se svim pomenutim platformama odredi neki opšti nivo prihoda (*threshold*) koji će biti oporezovan

---

<sup>16</sup> Sa ciljem da modernizuje PDV za potrebe prekogranične saradnje, Evropska komisija je u decembru 2016. godine pripremila prijedlog pod nazivom VAT Digital Single Market Package, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-bordercommerce\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-bordercommerce_en), 14.9.2019. Iz istog razloga je izdala i nekoliko neobavezujućih dokumenata, vidi: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on an action plan on VAT, "Towards a single EU VAT area – Time to decide", EUROPEAN COMMISSION, COM(2016) 148, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/com\\_2016\\_148\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_148_en.pdf); 17.9.2019. Modernising VAT for crossborder B2C e-commerce, EUROPEAN COMMISSION, COM(2016) 757 final, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/com\\_2016\\_757\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_757_en.pdf) u Katerina Pantazatou, "Taxation of the Sharing Economy in the European Union", Cambridge Handbook of Law and Regulation of the Sharing Economy, Davidson, Infranca and Finck (eds.), CUP 2018, p. 371.

<sup>17</sup> Evropska komisija, Komunikacija komisije Evropskom parlamentu, Savjetu, Evropskom privrednom i socijalnom odboru i odboru regija, "Evropska agenda o kolaborativnoj ekonomiji", Brisel, 2016, str. 14.

sa određenom stopom<sup>18</sup> u zemljama njihovog stalnog mjesta poslovanja, dok će prihod preko tog praga, tzv. rezidualni prihod biti oporezovan u zemljama u kojima se koriste te usluge/dobara i to na osnovu broja registrovanih korisnika usluga/dobara.<sup>19</sup> Osim toga, zagovara se i nametanje obaveze pomenutim platformama da izvještavaju poreske organe u vezi sa visinom ostvarenih prihoda od strane pružaoca usluga/dobara. U ovom slučaju, poreske administracije bi na jeftin i jednostavan način došle do informacija u vezi sa pojedinačnim dohocima obveznika ostvarenih po osnovu ekonomije dijeljenja.<sup>20</sup> Dakle u ovom slučaju, ne bi bilo potrebe za brojnim operacijama kojima se poreski organi služe prilikom oporezivanja, odnosno razreza, naplate i kontrole poreza u “standardnim slučajevima”, kao što su, primjera radi, brojne kontrole, inspekcije i revizije.

Na kraju, ali ne i manje važna je činjenica i da je oporezivanje ekonomije dijeljenja, odnosno njena pravna regulativa u tijesnoj vezi i sa nekim drugim granama prava, odnosno legislativama kojima su uređena prava potrošača ili kojima je npr. definisan rad, odnosno kojima je određeno šta se podrazumeva pod ugovorom o radu. Ovo posljednje je u bliskoj vezi sa doprinosima po osnovu i iz rada, koji u ovom radu zbog ograničenosti nisu analizirani.

## ZAKLJUČAK

Globalna ekonomija je sve više digitalizovana i danas obuhvata sve sektore ekonomije. Sve češće i intenzivnije se napušta tradicionalni pristup tržištu u smislu da se više ne zahtijeva fizičko prisustvo na istom. Moglo bi se, takođe, reći i da su sve ekonomije danas više digitalne nego što su bile juče, a manje nego što će biti sutra. Kada prethodno navedenom dodamo i činjenicu da danas niti jedna druga ekonomija ne trpi tako opsežne i, nadasve, brze promjene kao što je to slučaj sa digitalnom ekonomijom, ne treba da čudi zbog čega su “oči i uši” G20, ali i ostatka svijeta “uprte” u digitalnu ekonomiju i njene *spill over* efekte. S obzirom na razmjere koje digitalna ekonomija, uzima još od 2015. godine brojne zemlje predvođene zemljama G20 pokušavaju naći odgovor na problem oporeziva-

---

<sup>18</sup> Ovo bi trebalo da bude neka minimalna stopa, s tim da još nije izgledna visina te minimalne stope.

<sup>19</sup> Da li će to biti iz 2018. godine od strane Evropske komisije razvijen i predložen *DST – digital service tax* (odbačen od strane EU u martu 2019. godine) ili njemu neki sličan porez ostaje da se vidi u januaru 2020. godine kada će biti održan naredni sastanak ministara finansija G20.

<sup>20</sup> Jednostavna i efikasna kontrola i nadzor će biti mogući jer se ekonomija dijeljenja bazira na *on line* platformama, odnosno na internetu gdje sve što je jednom “izašlo” na internet ostaje zapisano zauvijek.

nja, odnosno model oporezivanja digitalne ekonomije. No, valja reći i da problem oporezivanja digitalne ekonomije s jedne strane, jeste dodatni problem, prvenstveno razvijenih zemalja u kojima su, najčešće, mjesta stalnog poslovanja (*permanent establishment*) moćnih i jakih multinacionalnih kompanija i koje bi kroz uniformno (globalno) oporezivanje digitalne ekonomije mogle ostati bez dijela svojih javnih prihoda, dok je sa druge strane izazov, ali i razvojna šansa malih ili nedovoljno razvijenih ekonomija u kojima se sve više koriste *on line* dobra i usluge, a koje za sada, nisu oporezovane u zemljama primaocima *on line* usluga.

Ekonomija dijeljenja je kao dio digitalne ekonomije polako, ali sigurno postala društveno-ekonomski trend koji je izmijenio način života i dobio, takođe, globalne razmjere. Posljednje pomenuta ekonomija kao ekonomija bazirana, između ostalog, na digitalnim platformama dijeli sudbinu sa cijelom digitalnom ekonomijom. Drugim riječima, i kod ekonomije dijeljenja nedostatak informacija dovodi do problema oporezivanja, odnosno do problema prilikom identifikacije poreskog obveznika, poreske osnovice, stope oporezivanja, predmeta oporezivanja, poreskih oslobođanja i olakšica, pitanja nadležne poreske jurisdikcije, što u konačnici vodi najčešće drugom problemu - problemu dvostukog oporezivanja ili neoporezivanja uopšte.

S obzirom na u radu prikazane razmjere i potencijal generisanja prihoda, izuzetno snažan rast ekonomije dijeljenja, te na sve veći politički pritisak lidera G20 da se riješi problem oporezivanja digitalne ekonomije, a time i ekonomije dijeljenja za očekivati je da će se to i desiti u najskorije vrijeme. Naime, iako su određene zemlje do danas, na unilateralan način pristupile oporezivanju ekonomije dijeljenja, činjenica da u ekonomiji dijeljenja participiraju tri strane, primalac i davalac usluga i internet platforma koji su često u različitim zemljama, zahtjeva uniforman (globalan) odgovor na oporezivanje ekonomije dijeljenja. Za sada je izvjesno da će minimalno 144 zemlje koje su pristupile BEPS i Globalnom forumu<sup>21</sup> ovo pitanje međusobno regulisati, odnosno da će naći rješenje primjenjivo u istim zemljama. I na ovaj način bi dio prihoda i dalje ostao mimo "zvaničnih kanala" i ostao neoporezovan, ali bi definitivno ogroman procenat bio oporezovan, odnosno bila bi ubrana snažna masa javnih prihoda. Takođe, primjenom minimalne stope na rezidualne prihode nastale po osnovu digitalne ekonomije/ ekonomije dijeljenja, postiglo bi se, svakako i pravičnije oporezivanje, odnosno

<sup>21</sup> Više o BEPS i Globalnom forumu v. na <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Više o mjerama, metodama i rezultatima BEPS v. na <http://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-june-2019.pdf>, 12.9.2019.

pravilnija i pravednija podjela superprofita multinacionalnih kompanija. Osim toga, poboljšana saradnja, odnosno, uspostavljanje saradničkog odnosa između internet platformi i poreskih administracija u smislu da se platforme koriste ne samo za prikupljanje informacija u vezi sa ostvarenim dohocima, već i za primjera radi, različita izvještavanja i prijavljivanje npr. PDV bi takođe dovela do smanjenja troškova poreske administracije, ali i smanjenja troškova plaćanja poreza, odnosno u slučaju ekonomije dijeljenja ovakva upotreba internet platformi bi omogućila jednostavan i efikasan način oporezivanja ekonomije dijeljenja.

Konačno, može se reći da su brojni izazovi i pitanja u vezi sa ekonomijom dijeljenja još uvijek otvorena, ali isto tako i da se u vrlo kratkom roku očekuju rješenja istih od kojih bi znatne koristi trebalo da ima cijelo čovječanstvo. Pred nama je da vidimo rezultate.

BOJANA VASILJEVIĆ POLJAŠEVIĆ, LL.D.,  
Assistant professor, Faculty of Law,  
University in Banja Luka

## OPEN QUESTIONS REGARDING THE TAXATION OF THE SHARING ECONOMY

### Summary

The last decade has been marked by numerous and extensive changes in communication, requirements, habits and expectations of all participants in the global market, especially users of goods and services, with the, at the same time, strong development of the digital industry.

In response to the 2008 economic crisis and the changed market expectations, a new economic concept emerged, based on the principle of sharing resources (including human labor) with or without compensation, using different internet platforms.

The aforementioned concept known as the sharing economy, besides the benefits that are reflected through, for example, encouraging the development of entrepreneurship and self-employment of the unemployed, sharing knowledge, achievements and technology, encouraging the development of tourism, has certain negative aspects. As such, the problems related to taxation are highlighted, namely the lack of legislation regulating the field(s) of taxation of labor, identifying taxpayers and bases, objects of taxation, determining tax jurisdictions, but also protecting the rights of taxpayers.

This paper will highlight some of the dilemmas that arise in the sharing economy when determining a taxpayer, objects of taxation and a competent tax jurisdiction, and provide an overview of potential solutions to these outstanding issues.

*Key words:* digital economy, sharing economy, taxation





RADICA ŠIPOVAC,  
DEJAN LOGARUŠIĆ,  
VLADIMIR ŠIPOVAC

## EKONOMSKI I SOCIJALNI EFEKTI POREZA NA IMOVINU

*Porez na imovinu je manje zastupljen u poreskim sistemima savremenih zemalja. Ekonomski i socijalni efekti poreza na imovinu imaju veći značaj od njegove fiskalne primene. Nominalni porez na imovinu ima funkciju dopunskog poreza na dohodak, uz primenu oslobođenja i olakšica, koje mogu da obuhvate porodičnu i ličnu situaciju obveznika i delatnost kojom se bavi. Veći deo predviđenih olakšica je izostavljen u inoviranim odredbama Zakona. Potrebno je povećati poresku kulturu obveznika i disciplinu plaćanja poreza na imovinu ali i pojasniti obveznicima načine obračuna, primenu regulative, formiranje (priznavanje) osnovice prilikom kupovine imovine javnom licitacijom i drugo. Uz primenu blage kaznene politike ne može da se dostigne visina prikupljenih prihoda koji bi omogućio uvođenje principa samooporezivanja imovine pravnih lica.*

Ključne reči: porez, imovina, poreska kultura, kaznena politika

### U V O D

Odredbama Zakona o porezima na imovinu uređeno je oporezivanje imovine pravnih i fizičkih lica, prenosa apsolutnih prava i imovine koja se stiče u vidu nasleđa ili poklona.<sup>1</sup>

---

Dr Radica Šipovac, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad.  
Dr Dejan Logarušić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad.  
Vladimir Šipovac, doktorand Univerziteta Privredna akademija – FIMEK, Novi Sad.

<sup>1</sup> Službeni glasnik RS, br. 26/2001, Sl. list SRJ, br. 42/2002 – odluka SUS i Sl. glasnik RS, br. 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – odluka US, 47/2013, 68/2014 – dr. zakon i 95/2018 Prodaja robe, odnosno usluga uređena je odred-

Porez na imovinu plaća se na nepokretnosti koje se manifestuju kao pravo svojine, pravo zakupa stana ili stambene zgrade, pravo korišćenja građevinskog zemljišta i pravo korišćenja nepokretnosti u javnoj svojini kao i na sve oblike državine.

Pod nepokretnostima smatra se građevinsko, poljoprivredno, šumsko i drugo zemljište kao i stambene i poslovne zgrade, stanovi, prostorije, garaže i drugi objekti. Ukoliko na nepokretnosti postoji pravo korišćenja ili državine, odredbama Zakona uređeno je da se porez na imovinu plaća na to pravo, a ne na pravo svojine.

Pojavni oblici imovine postoje u statici, dinamici a mogu se posmatrati i po osnovu realnog uvećanja imovine.

Državna imovina, kao oblik javne svojine, obuhvata prirodna bogatstva, dobra za koja je zakonom određeno da su od opšteg interesa, kao i imovinu koju koriste organi Republike.

U skladu sa odredbama Zakona o javnoj svojini u našoj zemlji, klasifikacija javne svojine je izvršena prema pravu svojine u tri oblika: državna svojina – pravo svojine Republike Srbije; pokrajinska svojina – pravo svojine autonomne pokrajine, i opštinska, odnosno gradska svojina – pravo svojine jedinice lokalne samouprave.

Promet i prenošenje prava na nepokretnosti sa jednog lica na drugo podrazumeva primenu odredbi Zakona o porezima na imovinu, odnosno primenu poreza na imovinu u dinamici a ukoliko se radi o prenosu prava svojine, zakupa i drugim pravima takav prenos predstavlja oporezivanje imovine u statici.

### *Administriranje lokalne samouprave*

Odredbama zakona uređeno je da prihodi prikupljeni od poreza na imovinu pripadaju, u punom iznosu, jedinicama lokalne samouprave. Usvajanjem

---

bama Zakona o trgovini Sl. glasnik RS, br. 53/2010 i 10/2013) gde se trgovac definiše kao pravno ili fizičko lice koje ispunjava uslove za obavljanje prometa. Zakon o privrednim društvima, čl. 83 Sl. glasnik RS, br. 36/2011, ... i 5/2015 – preduzetnik se definiše kao poslovno sposobno fizičko lice koje obavlja delatnost u cilju ostvarivanja prihoda i koje je kao takvo registrovano u skladu sa zakonom o registraciji. Fizičko lice upisano u poseban registar, koje obavlja delatnost slobodne profesije, uređenu posebnim propisom, smatra se preduzetnikom u smislu ovog zakona ako je tim propisom to određeno. Individualni poljoprivrednik nije preduzetnik u smislu ovog zakona, osim ako posebnim zakonom nije drugačije određeno. Odredbama Zakona o trgovini član 13, Sl. glasnik RS, br. 53/2010,10/2013 i 44/2018) definisana je trgovina na veliko (veleprodaja, veletrgovina) kao skup svih poslovnih aktivnosti u vezi sa prodajom robe/usluga licima koja ih kupuju radi dalje prodaje ili korišćenja u poslovne svrhe. Narodna skupština usvojila je novi Zakon o trgovini, Sl. gl. RS, broj 52/2019, i zadržala član 34. o deklaraciji robe u maloprodaji koja mora biti označena mašinski čitljivim kodom GTIN identifikacijom i QR kodom.

Zakona o finansiranju lokalne samouprave<sup>2</sup> jedinice ove institucije su preuzele pravno administrativne odredbe i postupke ubiranja poreza na imovinu u statici. Utvrđivanje i naplata poreza na imovinu u dinamici ostali su u nadležnosti državnog upravnog organa – Poreske uprave.

Zakon o finansiranju lokalne samouprave uređuje obezbeđivanje sredstava opštinama, gradovima i gradu Beogradu za obavljanje izvornih i poverenih poslova. Sredstva budžeta jedinice lokalne samouprave obezbeđuju se iz izvornih i ustupljenih prihoda, transfera, primanja po osnovu zaduživanja i drugih prihoda i primanja utvrđenih zakonom.

Razlikujemo izvorne prihode čiju stopu, odnosno način i merila za utvrđivanje visine iznosa, utvrđuje jedinica lokalne samouprave, pri čemu se zakonom može ograničiti visina poreske stope, odnosno utvrditi najviši i najniži iznos naknade, odnosno takse. Za razliku od izvornih prihoda ustupljeni prihodi<sup>3</sup> su oni prihodi čija se osnovica i stopa, odnosno način i merila za utvrđivanje visine iznosa uređuju zakonom, a prihod ostvaren na teritoriji jedinice lokalne samouprave se ustupa u celini ili delimično toj jedinici lokalne samouprave.

Jedinici lokalne samouprave pripadaju izvorni prihodi ostvareni na njenoj teritoriji kao porez na imovinu, osim poreza na prenos apsolutnih prava i poreza na nasleđe i poklon, lokalne administrativne, lokalne komunalne i boravišne takse. Razgraničenje je predviđeno donošenjem Zakona o finansiranju lokalne samouprave čijim odredbama je uređeno da jedinica lokalne samouprave u celosti utvrđuje, naplaćuje i kontroliše porez na imovinu pravnih i fizičkih lica osim poreza na nasleđe i poklon i poreza koji se naplaćuje na prenos apsolutnih prava.

#### DIREKTIVA O ELEKTRONSKOJ TRGOVINI I AUTORSKIM PRAVIMA

Odredbama Zakona o porezima na imovinu uređeno je da centralna vlast utvrđuje poresku osnovicu a jedinice lokalne samouprave donose odluku o visini stope do visine zakonom utvrđenog limita.

Usvajanjem Zakona o elektronskoj trgovini<sup>4</sup> nastavlja se proces pravne harmonizacije sa zakonodavstvom EU, odnosno primenom Direktive o elektron-

---

<sup>2</sup> Sl. glasnik RS, br. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013 – usklađeni din. izn., 125/2014 – usklađeni din. izn., 95/2015 – usklađeni din. izn., 83/2016, 91/2016 – usklađeni din. izn., 104/2016 – dr. zakon i 96/2017 – usklađeni dinarski iznosi.

<sup>3</sup> Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Savremena administracija, Beograd i Open Society Institute COLPI – Constitutional and Legislative Policy Institute, Budimpešta, 1997, str. 12–13.

<sup>4</sup> Zakon o elektronskoj trgovini, Sl gl. RS, broj 52/2019.

skoj trgovini<sup>5</sup> izvršeno je preciziranje normi i usklađivanje sa pravnim okvirom Republike Srbije. Odredbama člana 3. Zakona date su nove definicije pojedinih izraza (usluga informacionog društva, pružalac usluge ID, korisnik i potrošač ID, ugovor u elektronskom obliku, komercijalna poruka, davanje informacija o e-adresi, e-pošti kao i o robi, uslugama, poslovnom ugledu i o operateru elektronskih komunikacija). Odredbama Zakona je na nov način uređeno slanje komercijalne poruke, definisane vrste ugovora koje se ne mogu zaključiti u e-formi kao i na proširenje odgovornosti pružaoca usluga informacionog društva. Uvedene novine trebalo bi bitno da olakšaju celokupno e-poslovanje, odnosno i primenu Zakona o imovini.

U upravnom postupku neophodno je da se posebno posveti pažnja rokovima postupka, u konkretnom slučaju o roku za utvrđivanje tržišne vrednosti nepokretnosti u vezi čega se primenjuju odredbe Direktive 2001/29/EZ Evropskog parlamenta i Veća o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informatičkom društvu (SL L 167, 22.6.2001, str. 10–19).<sup>6</sup> Usvajanjem direktive na jedinstvenom digitalnom tržištu dat je značaj zaštiti autorskih prava, primeni zakonskih odredbi i kažnjavanju zloupotreba u ovoj oblasti.

Statistički podaci govore da primena i administriranje ovog poreskog oblika troškovno ponekad premašuje prikupljene prihode, odnosno zbog velikog broja pravnih i fizičkih lica na koje se porez na imovinu primenjuje troškovi donošenja rešenja, opomena, kontrolisanja poreskih prijava (PPI1, PPI , PPI, PPI-4<sup>7</sup>) i drugih radnji predviđenih odredbama zakona ponekad su viši od uplaćenog iznosa obaveze poreskih obveznika.

Obrasci PPI-1, PPI-2, PPI-3 i PPI-4 predstavljaju propisane poreske prijave poreza na imovinu. Na osnovu odredbi Zakona člana 38. stav 2. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (“Službeni glasnik RS”, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03 i 55/04,.... 2/12 – ispravka, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14)), Ministar finansija je doneo Pravilnik o obrascima poreskih prijava za utvrđivanje poreza na imovinu (“Sl. glasnik RS”, br. 139/04, 63/07, 9/09, 108/13 i 118/13 ), kojim su, u čl. 2. st. 1, čl. 3. st. 1, čl. 4. i 5. propisani sledeći obrasci:

<sup>5</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

<sup>6</sup> Direktive 2001/29/EZ Evropskog parlamenta i Veća o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informatičkom društvu (SL L 167, 22.6.2001, str. 10–19).

<sup>7</sup> Poreska prijava za utvrđivanje poreza za prenos apsolutnih prava u skladu sa odredbom člana 29, stav 3, Zakona o porezima na imovinu. Stiglitz, J.E. (2004) *Ekonomija javnog sektora*. Beograd: Ekonomski fakultet, str. 844.

PPI-1 Poreska prijava za utvrđivanje poreza na imovinu za 20\_\_ . godinu (za pravna lica i fizička lica koja ostvaruju prihode od samostalne delatnosti, odnosno preduzetnike)

PPI-2 Poreska prijava za utvrđivanje poreza na imovinu za 20\_\_ . god (za fizička lica)

PPI-3 Poreska prijava za utvrđivanje poreza na imovinu za nasleđe i poklon.

PPI-4 Poreska prijava za utvrđivanje poreza na prenos apsolutnih prava.

Reforma poreza na imovinu i korekcije izvršene u vidu izmena i dopuna odredaba zakona predstavljaju nastojanja oko usaglašavanja sistema javnih prihoda Srbije sa direktivama i preporukama Evropske unije. Nestabilnost pravnih normi nije uticala na transfere upućene lokalnoj samoupravi u skladu sa teritorijalnim principom. Transferi se definišu kao osnovni instrument rashodnog mehanizma kojim se koriguje ostvarena raspodela posredstvom tržišta. Postoje dve vrste transfera:

1. transferi sa ekonomskim namenama – u vidu subvencije (bespovratna pomoć) i refakcija (povraćaj uplaćenih dažbina, stimulacije izvoza i dr.).

2. transferi sa socijalnim namenama – zaštita životnog standarda stanovništva.

#### STOPE POREZA NA IMOVINU

Poreske stope u poreskoj tarifi mogu biti dvojake, odnosno razlikujemo dve vrste poreskih tarifa – proporcionalne i progresivne. Bez obzira na visinu osnovice proporcionalna poreska stopa se ne menja (uvek se primenjuje isti procenat na osnovicu).

Progresivne stope podrazumevaju rast, odnosno progresiju koja može biti ravnomerna, ubrzana i usporena gde se srećemo sa manjim procentualnim uvećanjem stope od uvećanja poreske osnovice.

Poreska stopa predstavlja deo poreske osnovice koji se izdvaja i uplaćuje kao obaveza na ime poreza.

#### *Formiranje i obračun osnovice*

Utvrđivanje osnovice poreza na imovinu za nepokretnosti,<sup>8</sup> kao analitičkog i objektivnog poreza, različito je za obveznika koji vodi ili ne vodi poslovne knjige. Osnovicu poreza na imovinu poreskog obveznika koji ne vodi poslovne knjige

---

<sup>8</sup> D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Savremena administracija, Beograd i Open Society Institute COLPI – Constitutional and Legislative Policy Institute, Budimpešta, 1997, str. 741.

predstavlja vrednost nepokretnosti na dan 31. decembra prethodne godine, ukoliko zakonom ili drugim propisom nije drugačije uređeno.

Vrednost nepokretnosti utvrđuje se primenom osnovnih i korektivnih elemenata. Osnovne elemente čine korisna površina nepokretnosti, prosečna tržišna cena kvadratnog metra odgovarajućih približnih nepokretnosti na teritoriji opštine kojoj nepokretnost pripada.

Ukoliko nije sačinjen punovažan ugovor o kupoprodaji nepokretnosti u smislu zakona kojim se uređuje promet nepokretnosti, smatraće se da je poreska obaveza nastala danom kada je kupac, odnosno učesnik u razmeni stupio u posed nepokretnosti, odnosno zasniva se na činjenici da je kupac/učesnik u razmeni stupio u posed nepokretnosti. Pravna forma ugovora o kupoprodaji nepokretnosti potčinjena je načelu ekonomskog fakticiteta u vidu izbegavanja plaćanja poreza, poreske evazije i smanjenih sredstava koja se uplaćuju u budžet.

Visinu vrednosti nepokretnosti utvrđuje nadležan organ jedinice lokalne samouprave, stim što se utvrđena vrednost istekom kalendarske godine umanjuje za iznos obračunate amortizacije.

Vrsta i struktura javnih rashoda i izdataka države uređena je odredbama Zakona o budžetskom sistemu i podzakonskim aktima, u skladu sa čijim odredbama je izvršena podela na javne rashode i izdatke države.

Javne rashode, u koje ubrajamo i amortizaciju, čine: 1. rashodi za zaposlene; 2. rashodi za robe i usluge; 3. amortizacija i upotreba sredstava za rad; 4. otplate kamata i pratećih troškova zaduživanja; 5. subvencije; 6. dotacije i transferi; 7. obavezno socijalno osiguranje i socijalna zaštita; ostali rashodi (porezi, obavezne takse, novčane kazne, penali i dr.).

Izdaci države su: 1. izdaci za nabavku nefinansijske imovine; 2. izdaci za otplatu glavnice; 3. izdaci za nabavku finansijske imovine. Javni rashodi i izdaci planiraju se u budžetu u kome se razvrstavaju na osnovu sistema jedinstvene budžetske klasifikacije, koju Ministar finansija uređuje podzakonskim aktom.

Amortizacija se definiše kao proces otpisivanja (raspoređivanja) nabavne vrednosti osnovnog sredstva na rashode u toku njegovog veka upotrebe. Knjigovodstvena vrednost predstavlja razliku između nabavne i otpisane vrednosti osnovnih sredstava. Obračun amortizacije osnovnih sredstava nekretnina postrojenja i opreme obračunava se primenom linearnog, degresivnog i funkcionalnog metoda u skladu sa Međunarodnim računovodstvenim standardom broj 16.

Osnovicu poreza na imovinu za nepokretnosti poreskog obveznika koji ne vodi poslovne knjige utvrđuje organ jedinice lokalne samouprave nadležan za utvrđivanje, naplatu i kontrolu izvornih prihoda odnosno osnovica poreza na imovinu je vrednost nepokretnosti utvrđena odredbama Zakona.

Porez na imovinu ubraja se u relne poreze pošto se kao osnovica za obračun uzima vrednost imovine koja je predmet transakcije.

Prenos imovine bez naknade obuhvata porez na nasleđe i porez na poklon.

Predviđena su i umanjenja osnovice, odnosno mogućnost da se vrednost nepokretnosti, osim zemljišta, može umanjiti za amortizaciju po stopi do 1% godišnje primenom proporcionalne metode, a najviše do 40% od dana kada je izvršena izgradnja ili rekonstrukcija objekta.

#### PORESKA AMORTIZACIJA

U poreskom bilansu iskazuje se amortizacija obračunata u skladu sa poreskim propisima, odnosno iznos računovodstvene amortizacije zamenjuje se iznosom poreske amortizacije.

Obračun poreske amortizacije primenjuje se u skladu sa odredbama Zakona i Pravilnika.<sup>9</sup>

Predloženim izmenama trebalo bi, stalna sredstva koja se sastoje od nepokretnih i pokretnih delova, razvrstati u amortizacione grupe, a nematerijalna sredstva se ne razvrstavaju nego se amortizuju primenom proporcionalne metode. Poreska amortizacija obračunava se na sva materijalna sredstva koja su evidentirana u poslovnim knjigama obveznika. Usvojenim opštim aktom o računovodstvu<sup>10</sup> definišu se uslovi za priznanje i razgraničenje stalnih sredstava od sitnog inventara, odnosno razgraničava se šta se vodi kao osnovno a šta kao nematerijalno sredstvo.

U okviru poreskih oslobođenja i poreskih kredita uređeno je da obveznici plaćanja poreza na imovinu imaju pravo da koriste poreska oslobođenja i poreske kredite ukoliko ispunjavaju određene uslove.

Značaj oporezivanja imovine u Srbiji se daje u novije vreme. Usled slabog priliva sredstava iz drugih izvora pristupilo se inoviranju Zakona kako bi se uvećala suma za pokriće nedostajućih budžetskih sredstava. Porez na imovinu je poreski oblik koji je određen kao potencijalan izvor dodatnih prihoda. Izmena odredaba Zakona<sup>11</sup> o porezima na imovinu stvoreni su formalni uslovi za povećanje poreskog opterećenja obveznika i progresivnosti u oporezivanju.

---

<sup>9</sup> Zakon o porezu na dobit pravnih lica, Sl. glasnik RS, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018 i Pravilnik o načinu razvrstavanja stalnih sredstava po grupama i načinu utvrđivanja amortizacije za poreske svrhe.

<sup>10</sup> Zakon o računovodstvu i reviziji, Službeni list SRJ, broj 71/2002. i 55/2004, član 16. do 18.

<sup>11</sup> Zakona o porezima na imovinu Sl. gl. RS, broj 101/ 2010. godine.

Fiskalno opterećenje obveznika predstavlja visinu učešća javnih prihoda i rashoda.<sup>12</sup> Od visine iznosa opterećenja pravnih i fizičkih lica zavisi ekonomska uspešnost pojedinca ili ekonomska uspešnost privrede zemlje. Mera kojom se iskazuje fiskalna presija izražava se koeficijentom fiskalnog opterećenja.

Osnovicu za obračun amortizacije, u određenoj kalendarskoj godini, čini nabavna vrednost svakog stalnog sredstva, odnosno vrši se pojedinačan obračun amortizacije za svako sredstvo. Nabavna vrednost sredstava definiše se isto kao i nabavna vrednost u skladu sa računovodstvenim propisima, odnosno predstavlja fakturnu vrednost dobavljača uvećanu za ukupne zavisne troškove nabavke kao i troškove nastale dovođenjem u stanje funkcionalne pripravnosti sredstava.

Kao element povećanja izdašnosti poreza na imovinu preporučuje se adekvatnije vrednovanje imovine, dok se kao osnovni motiv za povećanje progresivnosti<sup>13</sup> navodi postizanje veće vertikalne pravičnosti, odnosno povećanje poreskih prihoda.

Element izdašnosti poreza srećemo u primeni klasičnog sistema oporezivanja i njegovim prednostima : izdašnosti i jednostavnosti. Javne prihode su dopunjavale i takse koje su sa svojim karakteristikama izdašnosti bile osnovni izvor državnih prihoda.

Analitički bi trebalo da utvrdimo da li je došlo do povećanja poreskog opterećenja i progresivnosti u oporezivanju imovine primenom pozitivno pravne regulative<sup>14</sup> kao i empirijskim istraživanjem da se potvrde vrednosti teorijski definisanih pokazatelja. Pretpostavka je da će odredbe poreza na imovinu nakon izvršenih izmena u budućnosti stvoriti veće opterećenje, i to naročito za poreske obveznike koji poseduju nepokretnu imovinu više vrednosti dok će efekat u primeni odredaba Zakona biti praćen skromnim rastom progresivnosti u oporezivanju.

#### UTVRĐIVANJE VISINE PORESKE OSNOVICE

Problem utvrđivanja visine poreske osnovice postoji iz perioda pojave poreza. Bez obzira na poreski oblik, kod izračunavanja poreske osnovice postoji prob-

---

<sup>12</sup> Radica Šipovac, *Javne finansije i finansijsko pravo*, Univerzitet Privredna akademija – Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2015, str. 27.

<sup>13</sup> Zakon o porezima na imovinu, Službeni glasnik RS, br. 26/01, Službeni list SRJ, br. 42/02, Službeni glasnik RS, br. 80/02, 80/02-dr. zakon, 135/04, ... 101/2010, 7/2011, 24/2011, 78/2011, 57/2012-US и 47/2013 i Pravilnik o obrascima poreskih prijava za utvrđivanje poreza na imovinu,, Službeni glasnik RS“, br.108/2013, 118/2013 i 68/2014.

<sup>14</sup> Pozitivno pravo je ono pravo koje se u jednoj državi primenjuje.



lem utvrđivanja visine iste. Razlikujemo više metoda koje se koriste kod utvrđivanja visine poreske osnovice :

Metod parifikacije predstavlja jedan od metoda procene poreske osnovice, pored metoda unakrsne procene, na osnovu odredaba Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji.<sup>15</sup>

Metod parifikacije (komparacije, upoređivanja) – se primenjuje u slučajevima kada Poreskoj upravi nedostaju potpuni podaci ili se za dostavljene podatke smatra da su nepouzdana. Poreski službenik koji vrši upoređivanje podataka tada traži poreskog obveznika sa sličnom šifrom delatnosti i približnim dohotkom i upoređuje osobine dva posmatrana poreska obveznika. Na osnovu podataka dobijenih komparacijom dva slična poreska obveznika dobija se poreska osnovica.

Budžetski korisnici utvrđuju osnovicu za obračun primenom načela računovodstvenog obuhvatanja događaja u trenutku njihovog nastanka, odnosno osnovica za vođenje budžetskog računovodstva obuhvata transakcije i ostale događaje koji se priznaju u momentu nastanka transakcije a događaji evidentiraju u računovodstvenoj evidenciji i prikazuju u finansijskim izveštajima za period na koji se odnose.<sup>16</sup>

Automatska (indicijarna) metoda je stari postupak koji se koristio u 18.veku gde se poreska osnovica utvrđivala u skladu sa lako uočljivim spoljašnjim znacima (dvorac, vrata, prozori i dimnjaci).

Direktna metoda, odnosno metoda samoprijavljivanja predstavlja metod gde se poreska obveza utvrđuje na osnovu podataka koje poreski obveznik dostavi poreskoj upravi.

Indirektna metoda, odnosno metoda prijave treće osobe primenjuje se tako što Poreska uprava bira treću osobu ili je definiše ugovorom, bira osobu koja poseduje podatke o poreskom obvezniku (računovođa, banka, sud).

Administrativna (službena) metoda primenjuje se u slučajevima kada Poreska uprava ne prihvata kao tačne podatke koje je dostavio poreski obveznik nego pristupa proveru i utvrđuje činjenice na osnovu kojih će utvrditi poresku osnovicu.

---

<sup>15</sup> Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Službeni glasnik RS, br. 80/2002, 84/2002-ispavka, 23/2003- ispravka, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012- ispravka, 93/2012, 47/2013 i 108/2013, član 63. stav 1.

<sup>16</sup> Zakon o budžetskom sistemu, Službeni glasnik RS, 6p. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – ispr., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – dr. zakon, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018 i 31/2019) Uredba o budžetskom računovodstvu, Sl. glasnik RS, broj 125/2003, član 18.

Poreska stopa predstavlja deo poreske osnovice koji se izdvaja i plaća na ime poreza. U skladu sa kriterijumom promene poreske stope u odnosu na kretanje poreske osnovice mogu se izdvojiti tri vrste poreskih stopa i to: proporcionalne, progresivne i regresivne. U poreskim zakonodavstvima savremenih država kod oporezivanja dohotka fizičkih lica mogu se javiti proporcionalne i progresivne poreske stope.

Statistički podaci govore da progresivne poreske stope dovode do povećanog poreskog opterećenja, odnosno kako se ne bi povećao iznos poreza predloženo je uvođenje flat poreza.

Proporcionalni *porez* (engl. *flat tax*) označava vrstu poreza u kojem pravna i fizička lica (preduzeća i pojedinci) plaćaju *porez* na dohodak po istoj stopi, a ne po različitim, progresivnim stopama. Proporcionalna poreska stopa (engl. *flat rate tax*) predstavlja onu stopu kod koje se s promenom poreske osnovice menja visina poreske stope, odnosno na osnovice različite visine primenjuje se ista poreska stopa ali se nominalno plaćaju različiti iznosi poreza. Proporcionalne poreske stope ređe se primenjuju u razvijenim zemljama. Poreski sistemi razvijenih privreda u svetu uglavnom se zasnivaju na progresivnom oporezivanju dohotka i dobiti poduzeća.

Primena progresivnih stopa podrazumeva proces progresije uz konstantan porast poreskih stopa dok proces regresije predstavlja obrnuti proces u vidu opadanja, odnosno smanjenja poreskih stopa.

Proces regresije je obrnuti slučaj od progresije i može se povezati sa procesom proporcionalnog oporezivanja i primenom više vrsta tarifa. Metod indirektno progresivne podrazumeva konstantnu poresku stopu dok se progresivnost u oporezivanju postiže primenom odbitaka kod poreza na dohodak.

U različitim zemljama sveta poreski sistemi su tako postavljeni da čine ustupak u vidu olakšice i smanjenje poreske stope, poreske osnovice ili ostvarene sume poreskog prihoda čime se umanjuje stvarni poreski teret obveznika.

Diferencijalni tretman poreskih obveznika ima socijalnopolitički karakter, odnosno poreski obveznici koji imaju manju ekonomsku snagu izuzimaju se ili oporezuju blažim stopama a diskriminacione efekte osećaju poreski obveznici koji imaju više prihode dohotka ili imovine.

#### OPOREZIVANJE FIZIČKIH LICA

Preuzimanjem podataka lokalne poreske administracije elektronskim putem od katastra nepokretnosti trebalo bi utvrditi stepen tačnosti i obuhvatnosti

i u predmetima gde postoje neslaganja pristupiti dopunjavanju relevantnim podacima i usaglašavanju. Poreske prijave u papirnom obliku i fotokopije rešenja sa dostavnicama neophodna su dokumentacija za utvrđivanje tačnog činjeničnog stanja, odnosno dokumentovanog utvrđivanja dugovanja poreskih obveznika iz prethodnog perioda.

Suština reforme Poreske uprave kroz transformaciju i modernizaciju treba da se kreće u pravcu izostanka poreskog pritiska za obveznike koji nisu blagovremeno izmirili obaveze kao i smanjenja olakšica (privilegija) za one koji redovno komuniciraju sa zaduženim službenikom. Poreski obveznici su privrednici, institucije i drugi, kako je uređeno odredbama zakona pojedinih poreskih oblika, koji iz različitih razloga ne uspevaju da izmire poreske obaveze blagovremeno. Pravna lica podležu procesima tranzicije, reorganizacije, stečaja i često kao i fizička lica koja nemaju redovna primanja, žele ali nemaju finansijska sredstva za izmirenje poreskih obaveza. Postoje i obrnute situacije gde i pravna i fizička lica pored postojeće likvidnosti ne izmiruju poreske obaveze na koje ih je obavezala država svojom pozitivnom regulativom.

RADICA ŠIPOVAC, LL.D.,  
Profesor, University Comercial Academy  
Faculty of law, Novi Sad  
DEJAN LOGARUŠIĆ, LL.D.,  
Assistant profesor, University Comercial Academy,  
Faculty of law, Novi Sad  
VLADIMIR ŠIPOVAC  
Ph.D. candidate, University Comercial Academy  
FIMEK, Novi Sad

## ECONOMIC AND SOCIAL EFFECTS OF PROPERTY TAX

### Summary

In this paper, authors discusses the application of property taxes. Property tax is less frequent in the tax systems of modern countries. The economic and social effects of property taxes have increased the importance of its fiscal application. The nominal property tax has the function of additional income tax, with the application of exemptions and reliefs, which may include family and personal situation of the taxpayer and the industry in which he works. Much of the relief provided was dropped in the updated provisions of the Act. It is necessary to increase the tax culture of taxpayers and the discipline to pay taxes on the property but also to explain to taxpayers methods of

calculation, the application of regulations, establishment (recognition) of the base when purchasing property at public auction and, secondly, that with the application of mild penal policy can not reach the amount of revenue collected, which would allow the introduction of the principle of self-property legal entities.

*Key words:* tax, property, tax culture, penal policy

DRAGIŠA B. SLIJEPČEVIĆ

## **PRAVNI PUT ZAKONITOG OSPORAVANJA PRODAJE IMOVINE STEČAJNOG DUŽNIKA**

*Predmet referata je analiza šta predstavlja pravno dopušten put osporavanja zakonitosti izvršene prodaje imovine stečajnog dužnika od strane stečajnog upravnika. Sporno je da li je to podnošenje tužbe za utvrđenje ništavosti kupoprodajnog ugovora, ili izjavljivanje žalbe protiv rešenja stečajnog sudije kojim se izvršena prodaja imovine stečajnog dužnika odobrava. Autor je stanovišta da kupoprodajni ugovor nije osnov sticanja prava svojine na prodatoj imovini stečajnog dužnika. Osnov sticanja svojine kupca prodate imovine je isključivo pravnosnažno rešenje stečajnog sudije kojim se izvršena prodaja odobrava i nalaže upis prava svojine u korist kupca. Stoga se izvodi zaključak da se zakonitost postupka prodaje imovine stečajnog dužnika može osporavati samo podnošenjem žalbe protiv rešenja stečajnog sudije kojom je odobrena prodaja izvršena od strane stečajnog upravnika. Pravo na žalbu pripada učesnicima u postupku prodaje i svim zainteresovanim licima za predmet prodaje, uključujući i izlučne poverioce.*

*Ključne reči: prodaja imovine stečajnog dužnika, ništavost kupoprodajnog ugovora, rešenje o odobrenoj prodaji, žalba protiv rešenja stečajnog sudije*

### U V O D

Cilj stečajnog postupka je najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca ostvarenjem najveće moguće vrednosti stečajnog dužnika, odnosno njegove imovine.<sup>1</sup> Saglasno cilju vođenja postupka stečaja opredeljenom Zakonom o

---

Dr Dragiša B. Slijepčević, sudija Vrhovnog kasacionog suda.

<sup>1</sup> Čl. 2 Zakona o stečaju ("Službeni glasnik RS", br. 104/09, 99/11, 71/12, 83/14, 113/17, 44/18 i 95/18).

stečajju ustanovljena su pravila ponašanja stečajnog upravnika kao ovlašćenog lica da neposredno izvrši unovčenje stvari i prava stečajnog dužnika.<sup>2</sup> Stečajni upravnik je dužan da pre unovčenja imovine i prava stečajnog dužnika izvrši proceduru celishodnosti prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, odnosno njegove celokupne imovine u odnosu na prodaju u delovima i da o tome obavesti odbor poverilaca.<sup>3</sup> To je prva radnja koju čini stečajni upravnik u postupku unovčenja imovine stečajnog dužnika nakon donošenja rešenja o bankrotstvu.<sup>4</sup> Postupak unovčenja imovine stečajnog dužnika, odnosno njegove prodaje kao pravnog lica može se sprovesti na jedan od zakonom propisanih načina unovčenja.<sup>5</sup> Prodaja imovine, kao i prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica, može se izvršiti putem javnog nadmetanja, javnog prikupljanja ponuda ili neposrednom pogodbom.<sup>6</sup> Stečajni upravnik je u obavezi i da postupak unovčenja imovine stečajnog dužnika sprovede u skladu sa nacionalnim standardima za upravljanje stečajnom masom.<sup>7</sup>

Zakonom je ustanovljena i obaveza stečajnog upravnika da u slučaju unovčenja imovine stečajnog dužnika javnim nadmetanjem, ili javnim prikupljanjem ponuda odabrani postupak unovčenja prethodno oglasi u najmanje dva visokotiražna dnevna lista koja se distribuiraju na celoj teritoriji Republike Srbije, i to najkasnije 30 dana pre dana određenog za javno nadmetanje ili dostavljanje ponuda.<sup>8</sup> U oglasu se mora navesti pod kojim uslovima i u kojim rokovima se vrši prodaja, kao i podaci o tome kada je i gde potencijalni kupci mogu videti imovinu koja se prodaje. Nasuprot tome, a na temelju izričitog zakonskog naređenja, prodaja imovine stečajnog dužnika putem neposredne pogodbe može se izvršiti samo uz prethodno pribavljenu saglasnost odbora poverilaca.<sup>9</sup> Osim toga, zakonom je propisano da se prodaja celokupne imovine stečajnog dužnika ili njegove

<sup>2</sup> Čl. 27, st. 1. tač. 3 Zakona o stečaju.

<sup>3</sup> Čl. 132, st. 2 Zakona o stečaju.

<sup>4</sup> Čl. 132, st. 1 Zakona o stečaju.

<sup>5</sup> To je izričito propisano Pravilom broj II nacionalnog standarda broj 5 Pravilnika o utvrđenju nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom ("Službeni glasnik RS" br. 62/18).

<sup>6</sup> Dužnost stečajnog upravnika da pristupi unovčenju imovine stečajnog dužnika i način na koji će se unovčenje sprovesti opredeljeni su imperativnom odredbom čl. 132, st. 2. i 3. Zakona o stečaju.

<sup>7</sup> Čl. 132, st. 3 Zakona o stečaju.

<sup>8</sup> Čl. 132, st. 6 Zakona o stečaju.

<sup>9</sup> To je izuzetak od zakonom ustanovljenog pravila da se unovčenje imovine stečajnog dužnika vrši putem javnog nadmetanja ili javnog prikupljanja ponuda. Zato je odredbom čl. 132, st. 10 Zakona o stečaju ustanovljena i obaveza stečajnog dužnika da pre prodaje neposrednom pogodbom mora dobiti prethodnu saglasnost odbora poverilaca i razlučnog, odnosno založnog poverio-

imovinske celine ne može izvršiti suprotno odredbama zakona kojim se uređuje zaštita konkurencije.

Iz rečenog proizlazi da je zakonom propisan način i uslovi sprovođenja postupka unovčenja imovine stečajnog dužnika. Prodaja imovine stečajnog dužnika se realizuje zaključenjem posebnog ugovora, ali Zakonom o stečaju nije propisano i da se svojina na prodatoj imovini stečajnog dužnika stiže na temelju pravnog posla koji sklapaju kupac njegove imovine i stečajni upravnik<sup>10</sup>. Zakonom je izričito propisano da se prodaja imovine stečajnog dužnika realizuje zaključenjem ugovora o kupoprodaji. Obaveza zaključenja posebnog kupoprodajnog ugovora ustanovljena je nacionalnim standardom broj 5 Pravilnika o utvrđivanju nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom. Pravilom broj V nacionalnog standarda broj 5 propisano je da stečajni upravnik sa proglašenim kupcem sastavlja ugovor o kupoprodaji realizovanoj u postupku javnog nadmetanja. Ova obaveza je ustanovljena i kada se otuđenje imovine vrši putem javnog prikupljanja ponuda.<sup>11</sup> Ugovor o kupoprodaji se zaključuje i u slučaju prodaje imovine stečajnog dužnika putem neposredne pogodbe. To se čini u skladu sa pravilom broj VII nacionalnog standarda broj 5.

Međutim, takva obaveza nije izričito propisana i za slučaj kada se unovčenje imovine stečajnog dužnika vrši njegovom prodajom kao pravnog lica. To je posredno učinjeno odredbom člana 136. stav 2. i 7. Zakona o stečaju. Tom odredbom je propisano šta su obavezne odredbe ugovora o kupovini i prodaji i određeno da se u Registru privrednih subjekata i drugim odgovarajućim registrima upisuje promena na osnovu ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija privrednih subjekata. Zato se pouzdano može zaključiti da stečajni upravnik prilikom prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, kao i u slučaju prodaje imovine stečajnog dužnika, obavezno zaključuje ugovor o kupoprodaji sa kupcem. Štaviše, u praksi se vrši i odgovarajuća overa takvog ugovora. Iz tih razloga je sporno da li se zakonitost zaključenja kupoprodajnog ugovora može sporiti po opštim pravilima Zakona o obligacionim odnosima. Spornost ovog pitanja opredeljena je činjenicom učešća trećih

---

ca ako je imovina koja se prodaje neposrednom pogodbom predmet razlučnog, odnosno založnog prava.

<sup>10</sup> Šta su pravni osnovi sticanja prava svojine propisano je odredbom čl. 20 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa. Tom odredbom su propisana tri osnova sticanja prava svojine. To su sticanje po osnovu zakona, pravnim poslom i nasleđivanjem, kao i odlukom državnog organa na način i pod uslovima određenim zakonom.

<sup>11</sup> To je učinjeno stavom drugim Pravila broj VI Nacionalnog standarda broj 5, tako što je propisana obaveza proglašenog kupca da najduže u roku od 30 dana od dana potpisivanja ugovora o kupoprodaji uplati ceo iznos kupoprodajne cene.

lica u postupku unovčenja imovine stečajnog dužnika. Ona su neposredno zainteresovana da se taj postupak sprovede u skladu sa pravilima prodaje propisanim Zakonom o stečaju i Pravilnikom o utvrđivanju nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom. U protivnom, u slučaju kršenja tih pravila od strane stečajnog upravnika dovodi se u pitanje dopuštenost pravnog puta za zaštitu njihovih prava kao učesnika u postupku otuđenja imovine stečajnog dužnika. Sporno je da li učesnici u tom postupku mogu i mimo propisane zaštite njihovih prava u postupku stečaja podneti i tužbu za utvrđenje ništavosti izvršene prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, odnosno njegove imovine s pozivom na odredbe Zakona o obligacionim odnosima. U sudskoj praksi privrednih sudova evidentirani su slučajevi podnošenja tužbe parničnom sudu kojim se traži utvrđenje ništavosti ugovora o kupoprodaji zaključenog u funkciji otuđenja imovine stečajnog dužnika.

Šta predstavlja pravno dopušten put za zaštitu prava učesnika postupka prodaje opredeljeno je prethodnim određenjem šta je pravni osnov otuđenja imovine stečajnog dužnika. Na prvi pogled moglo bi se reći da je to ugovor o kupoprodaji. Taj zaključak se nameće činjenicom da se u slučajevima prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica i otuđenja njegove imovine uvek zaključuje poseban kupoprodajni ugovor. Taj ugovor predstavlja formalno pravni posao koji se sklapa između stečajnog upravnika i kupca imovine stečajnog dužnika u svim zakonom dopuštenim načinima unovčenja njegove imovine. Osim toga, u praksi se vrši i njegova overa. Stoga bi se moglo zaključiti da je kupoprodajni ugovor ujedno i pravni osnov za otuđenje imovine stečajnog dužnika. U tom slučaju bi i pravna valjanost zaključenja tog pravnog posla bila uslovljena poštovanjem opštih pravila obligacionog prava.<sup>12</sup> To znači da bi ugovor o prodaji imovine stečajnog dužnika zaključen protivno prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima predstavljao apsolutno ništav, odnosno nevažeći pravni posao.<sup>13</sup> Tada bi učesnici u tom pravnom poslu morali trpeti i sve pravne posledice ništavosti.<sup>14</sup> Na ništavost ugovora o kupoprodaji imovine stečajnog dužnika moglo bi se pozvati svako zainteresovano lice.<sup>15</sup> U krug tih lica spadaju učesnici zakonom propisanih načina otuđenja imovine stečajnog dužnika, kao i druga lica koja su iskazala interes za predmet prodaje. Zato bi sva ta lica mogla da po opštim pravilima

<sup>12</sup> Ovakav zaključak bi imao svoje utemeljenje u odredbi čl. 20 Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa kojim je propisano da se pravo svojine, pored ostalog, stiče i pravnim poslom.

<sup>13</sup> Čl. 103, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>14</sup> Pravne posledice ništavosti su propisane opštim pravilom određenim odredbom čl. 104 Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>15</sup> Čl. 109 Zakona o obligacionim odnosima.



Zakona o obligacionim odnosima podnesu tužbu za utvrđenje ništavosti ugovora o kupoprodaji kojim je imovina stečajnog dužnika otuđenja.

Ipak, sporno je da li se sledom iznetog može pouzdano zaključiti da je pravni osnov otuđenja imovine stečajnog dužnika ugovor o kupoprodaji zaključen u funkciju otuđenja njegove imovine. Odgovor na to pitanje se opredeljuje pravnim domašajem odredbi Pravilnika o nacionalnim standardima za upravljanje stečajnom masom, kao i odredbe člana 136. stav 7. Zakona o stečaju. Zakonom o stečaju nije propisano da zaključeni ugovor o prodaji imovine stečajnog dužnika predstavlja i bezuslovan pravni osnov njenog otuđenja. To je indirektno učinjeno samo u slučaju prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica.<sup>16</sup> Zakonom o stečaju izričito je propisano da se na kupca prenosi pravo svojine na kupljenoj imovini tek po pravnosnažnosti rešenja stečajnog sudije kojim se konstatuje da je prodaja izvršena i nalaže upis prava svojine u odgovarajući registar.

Obaveza donošenja tog rešenja propisana je imperativnom odredbom člana 133. stav 13. Zakona o stečaju. Pravo svojine prelazi na kupca bez obzira na ranije upise i bez ikakvih tereta, kao i bez eventualnih obaveza nastalih pre izvršene kupoprodaje.<sup>17</sup> Takvo normativno naređenje ukazuje da se prenos prava svojine na prodatoj imovini stečajnog dužnika ne vrši po osnovu ugovora o kupoprodaji koji je tim povodom zaključen, već se to čini po osnovu pravnosnažnog rešenja stečajnog sudije. Obaveza donošenja rešenja stečajnog sudije o odobrenju izvršene prodaje postoji i u slučaju prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica. Na to upućuju opšta pravila Zakona o stečaju propisana za sve načine prodaje imovine, odnosno stečajnog dužnika kao pravnog lica.<sup>18</sup> Zato je nastupanje pravnih posledica prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica propisanih odredbom člana 136. Zakona o stečaju uslovljeno prethodnim donošenjem rešenja stečajnog sudije kojim se prodaja odobrava. U protivnom, zakonitost izvršene prodaje bila bi predmet kontrole stečajnog sudije samo u slučaju otuđenja imovine stečajnog dužnika, a ne i njegove prodaje kao pravnog lica. Očito je da bi nedonošenje rešenja stečajnog sudije o odobrenju prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica vodilo neravnopravnom statusu učesnika u prodaji, ali i mogućim zloupotrebama na štetu stečajne mase. Osim toga, onemogućavanje stečajnog sudije da kontroliše zakonitost postupka prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica kosilo bi se i sa Zakonom o stečaju

---

<sup>16</sup> Na to upućuje odredba čl. 136 st. 7 Zakona o stečaju kojom je propisano da se u Registru pravnih subjekata i drigim odgovarajućim registrima registruju promene (pravne forme, osnivača, članova i akcionara i drugih podataka) na osnovu ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica, u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija privrednih društava.

<sup>17</sup> Takva pravna posledica prodaje imovine stečajnog dužnika u postupku stečaja propisana je imperativnom odredbom čl. 133, st. 13 Zakona o stečaju.

<sup>18</sup> Ta pravila su propisana imperativnom odredbom čl. 132 Zakona o stečaju.

propisanim načelom sprovođenja postupka stečaja sudskim putem.<sup>19</sup> Na taj način se konstituiše aktivna uloga stečajnog sudije kao ovlašćenog organa i za kontrolu zakonitosti svih načina unovčenja imovine stečajnog dužnika, uključujući i njegovu prodaju kao pravnog lica.

Izneta argumentacija upućuje da za prenos prava svojine na prodatoj imovini stečajnog dužnika nije dovoljno postojanje samo ugovora o kupoprodaji zaključenog u pisanoj formi. Naprotiv, pravno valjan upis ugovorom određenog prenosa prava svojine može se realizovati samo po pravnosnažnom rešenju stečajnog sudije donetom u skladu sa uslovima propisanim odredbom člana 133. stav 13. Zakona o stečaju.

Iz rečenog sledi da zaključeni ugovor o kupoprodaji u postupku unovčenja imovine stečajnog dužnika predstavlja isključivo dokaz da je kupoprodaja formalno pravno sprovedena, a ne i pravni osnov za prenos prava svojine na kupljenoj imovini. Tim ugovorom se konstatuje šta je bio predmet kupoprodaje i pod kojim uslovima je ona realizovana, ali se zaključenjem ugovora ne stiče i pravni osnov za prenos prava svojine na otuđenoj imovini stečajnog dužnika. Svojina na otuđenoj imovini stečajnog dužnika može se steći tek po pravnosnažnosti citiranog rešenja stečajnog sudije. Zato sâm ugovor o kupoprodaji imovine stečajnog dužnika ne može dovesti do sticanja prava svojine i kada je u njemu izričito navedena bezuslovna saglasnost stečajnog upravnika da on predstavlja pravni osnov za upis prava svojine u odgovarajućem registru.

I obrnuto, ako u zaključenom ugovoru o kupoprodaji imovine stečajnog dužnika nema klauzule *intabulandi* to ne znači da je zbog toga onemogućen prenos prava svojine na kupljenoj imovini stečajnog dužnika. Jer, uslov da do prenosa prava svojine dođe stiče se tek pravnosnažnošću rešenja stečajnog sudije kojim je konstatovano da je prodaja izvršena i određen upis prava svojine u odgovarajućem registru u korist kupca, koji se, po izričitom zakonskom naređenju vrši na osnovu tog rešenja. Iz tog razloga je pravnosnažno rešenje stečajnog sudije, a ne ugovor o kupoprodaji imovine stečajnog dužnika, pravni je osnov njenog otuđenja i prelaska svojine sa stečajnog dužnika na kupca. Samo pravnosnažno rešenje stečajnog sudije proizvodi konstitutivna pravna dejstva za upis prava svojine na kupljenoj imovini stečajnog dužnika. Štaviše, konstitutivnost ovog rešenja se proteže i na brisanje svih ranijih upisa prava svojine i tereta na kupljenoj imovini i prestanak svih ranije zasnovanih obaveza.<sup>20</sup> To su izričita zakonska naređenja

<sup>19</sup> Čl. 6 Zakona o stečaju.

<sup>20</sup> Takvo pravno dejstvo ovog rešenja stečajnog sudije temelji se u imperativnoj odredbi čl. 133, st. 13 Zakona o stečaju i čl. 20, st. 2 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa. Ono predstavlja odluku državnog organa donetu na način i pod uslovima propisanim citiranom odredbom

koja ukazuju da se pravo svojine na otuđenoj imovini stečajnog dužnika ne stiče po osnovu zaključenog ugovora o kupoprodaji između kupca imovine i stečajnog upravnika. Naprotiv, osnov sticanja prava na kupljenoj imovini stečajnog dužnika isključivo je pravnosnažno rešenje stečajnog sudije. Iz tog razloga se u zakonom propisanom postupku može osporavati samo pravna valjanost rešenja stečajnog sudije kojim se odobrava ugovorom o kupoprodaji određeno otuđenje imovine stečajnog dužnika.

#### POSTUPAK OSPORAVANJA ZAKONITOSTI PRODAJE IMOVINE STEČAJNOG DUŽNIKA

Na temelju iznetih pravnih argumenata pouzdano se može zaključiti da da prodaja imovine stečajnog dužnika nije utemeljena u ugovoru o njenom otuđenju već u pravnosnažnom rešenju stečajnog sudije kojim se konstatuje da je prodaja izvršena i nalaže upis prava svojine u korist kupca u odgovarajući registar. Otuda se izvršena prodaja imovine stečajnog dužnika ne može pravno valjano pobijati pokretanjem parničnog postupka za utvrđenje ništavosti ugovora o kupovini i prodaji. Procesno pravno je nedopušteno podnošenje tužbe za utvrđenje apsolutne ništavosti ugovora o kupoprodaji zaključenog u postupku otuđenja imovine stečajnog dužnika. Takva tužba se ne može podići jer zaključeni kupoprodajni ugovor nije pravni posao koji predstavlja osnov otuđenja imovine stečajnog dužnika.<sup>21</sup> On samo ima dokaznu snagu o uslovima pod kojima je otuđenje izvršeno, dok pravni osnov otuđenja predstavlja pravnosnažno rešenje stečajnog sudije. Zbog činjenice da ugovor o kupoprodaji zaključen u postupku otuđenja imovine stečajnog dužnika nije pravni osnov za prenos prava svojine na otuđenoj imovini nema mesta ni podizanju tužbe kojom se od strane učesnika u prodaji, ili drugih zainteresovanih lica traži utvrđenje njegove ništavosti, odnosno poništenje po osnovu Zakona o obligacionim odnosima. I u jednom i u drugom slučaju radi se o nedopuštenom pravnom putu za pobijanje akta otuđenja imovine stečajnog dužnika.

---

Zakona o stečaju, kojom je izričito određeno da rešenje stečajnog sudije predstavlja i osnov za sticanje i upis prava svojine kupca bez obzira na ranije upise, bez tereta i obaveza nastalih pre izvršene prodaje.

<sup>21</sup> Postojanje pravnog interesa za podnošenje tužbe za utvrđenje izričito je propisano odredbom čl. 194, st. 2 ZPP. Zato je to ujedno i procesno pravni uslov za podnošenje tužbe za utvrđenje ništavosti ugovora o kupoprodaji imovine stečajnog dužnika, odnosno njegove prodaje kao pravnog lica. On bi mogao postojati samo u slučaju da je taj ugovor pravni osnov sticanja na imovini stečajnog dužnika.

Nedopuštenost tužbe za utvrđenje apsolutne ništavosti ili poništenja ugovora o kupoprodaji imovine stečajnog dužnika ne znači i da su učesnici u postupku prodaje, odnosno druga zainteresovana lica lišena svake mogućnosti osporavanja njene zakonitosti. Ta mogućnost svakako postoji, a realizuje se podnošenjem žalbe na rešenje stečajnog sudije kojim se konstatuje da je prodaja imovine stečajnog dužnika izvršena i određen upis prava svojine u korist njenog kupca. Istina, taj pravni put nije izričito propisan Zakonom o stečaju. Međutim, pravni osnov osporavanja zakonitosti izvršene kupoprodaje imovine stečajnog dužnika nesumnjivo je utemeljen u odredbi člana 133. stav 13. Zakona o stečaju. Tom odredbom je izričito propisano da se tek po pravnosnažnosti rešenja stečajnog sudije o konstatovanju izvršene prodaje može izvršiti i upis prava svojine u korist kupca. Jezičko značenje ove norme nije sporno.

Rešenje stečajnog sudije može postati pravnosnažno tek po proteku zakonom propisanog roka za podnošenje žalbe, odnosno po njenom odbijanju. Zato nema sumnje da se tom odredbom posredno dopušta mogućnost pobijanja rešenja stečajnog sudije kojim se konstatuje da je prodaja imovine stečajnog dužnika izvršena. To se čini podnošenjem žalbe kao zakonom propisanog pravnog sredstva protiv rešenja stečajnog sudije.<sup>22</sup> Imperativnom odredbom člana 46. stav 1. Zakona o stečaju propisano je da se protiv rešenja donetog u postupku stečaja može izjaviti žalba sudu višeg stepena. Ovo pravo je konstituisano u korist svih učesnika u postupku. Kako se radi o postupku prodaje imovine stečajnog dužnika jasno je da su učesnici tog postupka sva lica koja učestvuju u javnom nadmetanju, javnom prikupljanju ponuda ili neposrednoj pogodbi. To su zakonom propisani načini unovčenja bez obzira da li se prodaje celokupna imovina stečajnog dužnika ili samo njen deo, odnosno da li se stečajni dužnik prodaje kao pravno lice. Zakonom o stečaju nije izričito propisano da se postupak prodaje uređen odredbom člana 133. odnosi na sve načine prodaje propisane članom 132.

Međutim, odredbom člana 132. stav 2. Zakona o stečaju propisana je obaveza stečajnog upravnika da izvrši procenu celishodnosti prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, odnosno njegove celokupne imovine u odnosu na prodaju u delovima. Osim toga, pravilom broj II nacionalnog standarda broj 5 izričito je propisano da su Zakonom o stečaju predviđeni načini unovčenja imovine stečajnog dužnika ili stečajnog dužnika kao pravnog lica prodaja javnim nadmetanjem, prodaja javnim prikupljanjem ponuda i prodaja neposrednom pogodbom.

<sup>22</sup> Kojim aktima se odlučuje u stečajnom postupku propisano je odredbom čl. 45, st. 1 Zakona o stečaju. Njome je izričito određeno da su to rešenja i zaključak. St. 4 istog člana propisano je da protiv zaključka nije dozvoljena ni žalba ni prigovor. Žalba je, saglasno odredbi čl. 46, st. 1 Zakona o stečaju, jedino dopušteno pravno sredstvo protiv rešenja. O izjavljenoj žalbi odluku donosi sud višeg stepena, a to je Privredni apelacioni sud.

Otuda se može zaključiti da se i propisani postupak prodaje ustanovljen odredbom člana 133. Zakona o stečaju podjednako odnosi i na prodaju stečajnog dužnika kao pravnog lica. Zbog toga se i svim njegovim učesnicima mora priznati pravo na podnošenje žalbe protiv rešenja stečajnog sudije kojim je izvršena prodaja odobrena, odnosno naložen prenos prava svojine u korist kupca. Svi učesnici prodaje su ovlašćeni da žalbom pobijaju rešenje stečajnog sudije. Osim neposrednih učesnika postupka prodaje, žalbu na rešenje stečajnog sudije mogu izjaviti i sva druga lica koja su prethodno iskazala interes za imovinu stečajnog dužnika koja je predmet prodaje, nezavisno od pravnog osnova na kome temelje svoju zainteresovanost. Zato su svi učesnici postupka prodaje i ostala zainteresovana lica ovlašćeni da podnesu žalbu višem sudu u roku od osam dana od dana kada im je pobijano rešenje stečajnog sudije dostavljeno.<sup>23</sup> O podnetoj žalbi, po pravilu, odlučuje sud višeg stepena.

Međutim, i u tom slučaju, a shodno odredbi člana 47. stav 2. stečajni sudija može sam oceniti osnovanost izjavljene žalbe i saglasno tome izmeniti već doneto rešenje kojim je odobrena prodaja imovine stečajnog dužnika i određen upis prava svojine u korist proglašenog kupca. U protivnom, odluku o osnovanosti žalbe doneće neposredno viši sud. Pri tome, treba istaći i da se u slučaju izmene pobijanog rešenja od strane stečajnog sudije time ne isključuje pravo učesnika u prodaji i drugih zainteresovanih lica da i protiv tog rešenja podnesu žalbu drugostepenom sudu kada za to imaju pravni interes. U postupku po žalbi drugostepeni sud će oceniti zakonitost sprovedene prodaje imovine stečajnog dužnika, odnosno njegove prodaje kao pravnog lica. Time se obezbeđuje i pravično presuđenje o pravima učesnika prodaje, kao i drugih zainteresovanih lica koja su žalbom zatražila zaštitu svojih prava u odnosu na pobijano rešenje stečajnog sudije kojim je prodaja odobrena. Međutim, obezbeđenjem zaštite prava učesnika i drugih zainteresovanih lica u postupku prodaje putem podnošenja žalbe protiv rešenja stečajnog sudije ne dira se u prava izlučnih poverilaca da i mimo stečajnog postupka zatraže zaštitu svog prava svojine na imovini koja je u posedu stečajnog dužnika pred parničnim sudom. Izlučni poverioci spadaju u krug drugih zainteresovanih lica koja u postupku prodaje imovine stečajnog dužnika mogu osporavati zakonitost preduzetih radnji stečajnog upravnika, odnosno nezakonito izvršeno otuđenje imovine stečajnog dužnika. Zato su i izlučni poverioci ovlašćeni da žalbom pobijaju rešenje stečajnog sudije kojim je prodaja odobrena i naložen upis prava

---

<sup>23</sup> U roku od osam dana je opšti rok za podnošenje žalbe na sva rešenja u postupku stečaja. U podnetoj žalbi, po pravilu odlučuje sud višeg stepena. Međutim, i u tom slučaju, a shodno odredbi čl. 47, st. 2 stečajni sudija može sam oceniti osnovanost izjavljene žalbe i saglasno tome izmeniti već doneto rešenje kojim je odobrena prodaja imovine stečajnog dužnika i određen upis prava svojine u korist proglašenog kupca. U protivnom, odluku o osnovanosti žalbe doneće neposredno viši sud.

svojine na prodatoj imovini u korist kupca. Izlučni poverioci su ovlašćeni da podnesu zahtev stečajnom upravniku da se njihova određena stvar izdvoji iz stečajne mase i njima preda, ili da u posebnom parničnom postupku ostvare takvu zaštitu svog prava. U slučaju kada se u postupku stečaja vrši prodaja predmeta izlučenja, izlučni poverioci mogu prigovorom osporiti taj postupak, odnosno podneti žalbu protiv rešenja stečajnog sudije kojim je prodaja odobrena. Ali, ako njihovom zahtevu ne bude udovoljeno i stvar se proda i izvršena prodaja odobri rešenjem stečajnog sudije, izlučni poverioci su ovlašćeni samo da zahtevaju tržišnu protivvrednost prodate stvari.

Štaviše, i u slučaju da u posebnom parničnom postupku izdejtstvuju pravno-snažnu presudu kojom se utvrđuje postojanje njihovog prava svojine i stečajnom dužniku nalaže da im predmet svojine preda, to pravo bi im bilo uskraćeno nakon donošenja pravno-snažnog rešenja stečajnog sudije kojim je prodaja odobrena. To je posledica imperativnosti odredbe člana 133. stav 13. Zakona o stečaju kojom je propisano da se pravno-snažnim rešenjem stečajnog sudije nalaže odgovarajućem registru upis prava svojine i brisanje svih upisa prava svojine i tereta nastalih pre izvršene prodaje. To znači da svojina na prodatoj stvari iz poseda stečajnog dužnika prelazi na kupca po odluci suda. Iz tog razloga kupac ne može izgubiti pravo svojine i ne može biti obveznik vraćanja kupljene stvari njenom prethodnom vlasniku, iako isti ima pravno-snažnu presudu kojom se to nalaže. Tada izlučni poverilac može samo da zahteva isplatu tržišne vrednosti njegove prodate stvari koja se pre prodaje nalazila u posedu stečajnog dužnika. Takav zahtev se može postaviti prema stečajnom upravniku, ali i prema Republici Srbiji koja saglasno odredbi člana 35. stav 2. Ustava, odnosno člana 172. ZOO, odgovara za štetu pričinjenu izlučnom poveriocu nezakonitom prodajom njegove stvari.

Nasuprot učesnicima u prodaji i drugim zainteresovanim licima, pravo na žalbu nije priznato i poveriocima stečajnog dužnika protiv rešenja kojim se izvršena prodaja odobrava i nalaže upis prava svojine na prodatoj stvari u korist kupca. Ovo iz razloga što saglasno odredbi člana 133. stav 8. Zakona o stečaju poverioci stečajnog dužnika mogu staviti samo prigovor na izvršenu prodaju, ukoliko za to postoji osnov. Prigovor mogu izjaviti zbog prevare, pristrasnog ponašanja stečajnog upravnika, nepotpuno datih obaveštenja ili bilo kog drugog razloga koji ukazuje da je postupak prodaje sproveden na štetu stečajne mase. Međutim, izjavljeni prigovor nije od uticaja na pravnu valjanost izvršene prodaje, već samo predstavlja osnov za utvrđenje odgovornosti stečajnog upravnika ako je šteta nastala njegovim radnjama u postupku prodaje.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Ovakvo pravno dejstvo prigovora poverilaca izričito je propisano odredbom čl. 133, st. 8 Zakona o stečaju. Međutim, to ne znači i da poverioci stečajnog dužnika u tom slučaju ne mogu

## ZAKLJUČAK

Prodaja imovine stečajnog dužnika, odnosno prodaja istog kao pravnog lica, ne može se pravnovaljano pobijati podnošenjem tužbe za utvrđenje apsolutne ništavosti, niti tužbe za poništaj izvršene prodaje. Taj pravni put je dopušten samo u slučaju kada ugovor o kupoprodaji predstavlja i pravni osnov otuđenja imovine, odnosno prenosa prava svojine na prodatoj imovini stečajnog dužnika. Međutim, u postupku prodaje stečajnog dužnika kao prvog lica, kao i prodaje njegove imovine osnov prenosa i sticanja prava svojine je pravnosnažno rešenje stečajnog sudije, a ne kupoprodajni ugovor koji je tim povodom zaključen. Zaključeni kupoprodajni ugovor u tom postupku predstavlja samo dokaz o uslovi-ma pod kojim je prodaja izvršena, a ne i osnov sticanja svojine. Zato se pravo na prodatoj imovini stečajnog dužnika isključivo može steći na osnovu pravnosnažnog rešenja stečajnog sudije kojim je izvršena prodaja odobrena. Donošenjem takvog rešenja vrši se kontrola zakonitosti izvršene prodaje od strane stečajnog sudije. Stečajni sudija je zakonom ovlašćen da sprovedeni postupak prodaje odobri, ili da ga poništi. Kada stečajni sudija pravnosnažnim rešenjem odobri izvršenu prodaju stiču se zakonom propisani uslovi za prenos prava svojine u korist kupca. Zato se odlukom stečajnog sudije, a ne ugovorom o kupoprodaji konstituiše pravni osnov za prenos prava svojine na prodatoj imovini u korist kupca.

Zakonom propisana konstitutivna dejstva rešenja stečajnog sudije protežu se i na brisanje svih ranijih upisa tereta i obaveza zasnovanih na prodatoj imovini stečajnog dužnika. Zakonitost izvršene prodaje imovine stečajnog dužnika, kao i njegova prodaja kao pravnog lica, može se pobijati samo izjavljenom žalbom na rešenje stečajnog sudije kojom je izvršena prodaja odobrena. Pravo na izjavljivanje žalbe priznaje se svim učesnicima prodaje, kao i svim zainteresovanim licima u odnosu na predmet prodaje. Iz tih razloga je podnošenje žalbe protiv rešenja stečajnog sudije o odobrenju izvršene prodaje imovine stečajnog dužnika, odnosno prodaje istog kao pravnog lica jedini zakonom dopušteni pravni put osporavanja takve prodaje.

---

ostvariti pravo na naknadu štete i prema Republici Srbiji po osnovu odredbe čl. 35, st. 2 Ustava, odnosno odredbe čl. 172 Zakona o obligacionim odnosima. Dakle, zakonom je izričito propisano da poverioci prigovorom mogu pobijati izvršenu prodaju imovine stečajnog dužnika i određena pravna dejstva usvojenog prigovora. Zato se može zaključiti da poverioci stečajnog dužnika nisu ovlašćeni da i žalbom pobijaju rešenja stečajnog sudije o odobrenju prodaji. Samo izuzetno, oni se mogu naći i u svojstvu ovlašćenog lica za podnošenje žalbe. Do toga može doći u slučaju kada su bili jedan od učesnika prodaje u svojstvu ovlašćenog ponuđača za kupovinu imovine stečajnog dužnika. Međutim, oni i tada ovlašćenje za podnošenje žalbe stiču kao učesnici prodaje, a ne kao poverioci stečajnog dužnika.

DRAGIŠA B. SLIJEPČEVIĆ, LL.D.,  
Judge of the Supreme Court of Cassation

THE PATH TO A LEGAL CHALLENGE OF A SALE  
OF BANKRUPTCY DEBTOR'S ASSETS

Summary

The aim of this paper is to determine what is the legally admissible way to challenge the legality of a sale of bankruptcy debtor's assets conducted by a bankruptcy administrator. It seeks to examine if this is achieved by bringing an action for nullity of the sales agreement or by filing an appeal against the ruling of the bankruptcy judge permitting the sale of the bankruptcy debtor's assets. The author takes the view that the sales agreement does not constitute grounds for acquiring the title to bankruptcy debtor's sold assets. A buyer will find the grounds for acquiring the title to the sold assets solely in the final ruling of the bankruptcy judge permitting the sale of bankruptcy debtor's assets and ordering registration of the title in favour of the buyer. It is therefore inferred that the legality of a sale of bankruptcy debtor's assets may be challenged only by filing an appeal against the ruling of the bankruptcy judge permitting the sale conducted by the bankruptcy administrator. The right of appeal belongs to the parties to the sale proceedings as well as any parties interested in the object of sale, including the creditors entitled to separate recovery.

*Key words:* sale of bankruptcy debtor's assets, nullity of sales agreement, ruling on permitted sale, appeal against bankruptcy judge's ruling



## PRAVNO DEJSTVO POBIJENOG UGOVORA O PRENOSU PRAVA NA STVARIMA UPISANIM U JAVNI REGISTAR

*Pobijanje je institut obligacionog prava koji se primenjuje u dužničko-poverilačkim odnosima, samo u situacijama kada dužnik ne raspolaže imovinom dovoljnom za namirenje poverioca. Zakonodavac u tom slučaju dozvoljava poveriocu, pod tačno određenim uslovima, da pobija inače punovažan pravni posao (ili pravnu radnju), a radi namirenja svog potraživanja. Upravo zbog toga što se uvek pobija punovažan pravni posao (ili pravna radnja) uslovi za pobijanje su tačno predviđeni zakonom<sup>1</sup>. S punim pravom se može reći da je pobijanje dužnikovih pravnih radnji izuzetak od pravila: pravilo je da punovažni pravni posao proizvodi pravno dejstvo kako između stranaka, tako i u odnosu na treća lica, a izuzetak je da se (radi namirenja poverioca) punovažnom pravnom poslu oduzima pravno dejstvo, istina ograničeno, ali se ipak oduzima. U našem zakonodavstvu pobijanje se javlja u dva vida: vanstečajno i stečajno pobijanje. Vanstečajno pobijanje regulisano je članom 281–285. Zakona o obligacionim odnosima, a stečajno pobijanje, stečajnim zakonima<sup>2</sup>.*

Ključne reči: *stečajno pobijanje, vanstečajno pobijanje*

---

Jasminka Obućina, predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu. Rad je prvi put objavljen u *Biltenu Vrhovnog kasacionog suda* br. 3/19, Savetovanje u Vrnjačkoj Banji.

<sup>1</sup> Čl. 280, 281. i 282. Zakona o obligacionim odnosima (“*Službeni list SFRJ*”, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, “*Službeni list SRJ*”, br. 31/93 i “*Službeni list SCG*”, br. 1/03 – Ustavna povelja).

<sup>2</sup> Čl. 119-130. Zakona o stečaju (“*Službeni glasnik RS*”, br. 104 od 16.12.2009. god., 99 od 27.12.2011. god. – dr. Zakon, 71 od 25.7.2012. god. – US, 83 od 5.8.2014. god., 113 od 17.12.2017. god., 44 od 8.6.2018. god. i 95 od 8.12.2018. god.). Čl. 98–108. Zakona o stečajnom postupku (“*Službeni glasnik RS*”, br. 84 od 24.7.2004. god.). Čl. 112-116. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji (“*Službeni list SFRJ*”, br. 84/89 i “*Službeni list SRJ*”, br. 37/93, 28/96.

## ODNOS VANSTEČAJNOG I STEČAJNOG POBIJANJA

Pobijanje pravnih poslova (i pravnih radnji) van stečaja i pobijanje pravnih poslova (i pravnih radnji) u stečaju zasnivaju se na istim osnovnim načelima, ali postoje bitne razlike koje se zasnivaju na samoj prirodi i cilju stečajnog postupka. Pobijanje van stečaja ima za cilj namirenje jednog poverioca, u obimu i granicama potrebnim za njegovo namirenje. Pobijanje u stečaju ima za cilj namirenje svih stečajnih poverilaca, pa pobijena pravna radnja, odnosno posao ima dejstvo prema svim poveriocima stečajnog dužnika, odnosno prema stečajnoj masi stečajnog dužnika iz koje treba da se namire poverioci. Pobijanje u stečaju ima za posledicu da se imovina vrati u stečajnu masu. Stoga je pobijena pravna radnja bez dejstva prema svim poveriocima stečajnog dužnika. Kod pobijanja u stečaju insolventnost stečajnog dužnika se pretpostavlja. Ova pretpostavka nastupa samom činjenicom otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom. Međutim, kod vanstečajnog pobijanja poverilac mora da dokazuje insolventnost dužnika i nemogućnost namirenja svog potraživanja iz imovine dužnika. Poverilac u slučaju vanstečajnog pobijanja dužan je da dokaže i dospelost svog potraživanja za isplatu, što nije slučaj kod pobijanja u stečaju, s obzirom da nastupanjem pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom sva potraživanja poverilaca prema stečajnom dužniku dospevaju. Poverioci u stečaju su ovlašćeni da podnose pobojne tužbe samom činjenicom da su svoja potraživanja prijavili u stečajnu masu, sve dok se pravnosnažno ne utvrdi da potraživanje nije osnovano.

Odredbe Zakona o stečaju kojima se reguliše pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika imaju ograničeno dejstvo, s obzirom da se stečaj sprovodi nad pravnim licima, a da je krug pravnih lica nad kojima se sprovodi stečaj ograničen članom 14. Zakona o stečaju<sup>3</sup>. To znači da se u svim drugim slučajevima pobijanja imaju primeniti odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojima se reguliše pobijanje van stečaja. Takođe, činjenična stanja koja se utvrđuju u postupku pobijanja u stečaju u odnosu na činjenična stanja koja se utvrđuju u postupku pobi-

<sup>3</sup> Čl. 14. Zakona o stečaju: "Stečajni postupak se ne sprovodi prema: Republici Srbiji; autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave; fondovima ili organizacijama obaveznog penzijskog, invalidskog, socijalnog i zdravstvenog osiguranja; pravnim licima čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, a koja se isključivo ili pretežno finansiraju kroz ustupljene javne prihode ili iz republičkog budžeta, odnosno budžeta autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave; Narodnoj banci Srbije; Centralnom registru, depou i kliringu hartija od vrednosti; javnim agencijama. Odredbe ovog zakona ne primenjuju se na stečajni postupak banaka i osiguravajućih organizacija, osim odredaba kojima se uređuju pitanja koja nisu uređena posebnim zakonom. Za obaveze pravnog lica nad kojim se u skladu sa st. 1. ovog člana ne sprovodi stečajni postupak solidarno odgovaraju njegovi osnivači, odnosno vlasnici, kao članovi ili akcionari."

janja van stečaja bitno se razlikuju. Ova razlika upravo proizlazi iz specifičnosti pobijanja dužnikovih pravnih radnji i poslova u stečaju. Bitna razlika pobijanja u stečaju u odnosu na vanstečajno pobijanje je i uslov koji Zakon o stečaju postavlja u članu 119. Zakona o stečaju<sup>4</sup>, a to je pogodovanje poverilaca.

Međutim, bez obzira na iznete razlike zajedničko za pobijanje u stečaju i van stečaja je da je pravna radnja, odnosno pravni posao koji se pobija, punovažan. Znači, preduslov za pristupanje pobijanju i u stečaju, i van stečaja, je punovažan pravni posao. Ništavi pravni poslovi ne mogu biti predmet ni stečajnog, ni vanstečajnog pobijanja. Međutim, izuzetak su osnaženi apsolutno ništavi ugovori iz člana 103. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, kao i ugovori iz člana 106. Zakona o obligacionim odnosima (konvertovani ugovori)<sup>5</sup>. Takođe se rušljivi ugovori mogu pobijati sve dok se ne ponište. Nije dozvoljena tužba stečajnog poverioca radi utvrđenja da su preduzete radnje i odluke stečajnog upravnika, donete u postupku stečaja, bez pravnog dejstva.<sup>6</sup> Kod vanstečajnog pobijanja pobijeni pravni posao ostaje bez dejstva samo u odnosu na tačno određenog poverioca i u obimu koji je potreban za namirenje potraživanja tog poverioca. U slučaju stečajnog pobijanja pravni posao ostaje bez dejstva u odnosu na stečajnu masu stečajnog dužnika. Prema svim ostalim licima pobijeni pravni poslovi ili pravne

---

<sup>4</sup> Čl. 119. Zakona o stečaju: "Pravne poslove i druge pravne radnje zaključene, odnosno preduzete pre otvaranja stečajnog postupka, kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, kao i pravne poslove i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj (u daljem tekstu: pogodovanje poverilaca), mogu pobijati stečajni upravnik, u ime stečajnog dužnika i poverioci, u skladu sa odredbama ovog zakona. Propuštanje zaključenja pravnog posla odnosno propuštanje preduzimanja radnje, u pogledu pobijanja, izjednačava se sa pravnim poslom odnosno sa pravnom radnjom. Pobijati se mogu i pravni poslovi, pravne i procesne radnje na osnovu kojih je doneta izvršna isprava ili koje su preduzete po osnovu izvršne isprave ili u postupku prinudnog izvršenja, ako ispunjavaju uslov iz st. 1. ovog člana. Ako zahtev za pobijanje bude usvojen, prestaje dejstvo izvršne isprave prema stečajnoj masi. Pobijanje se može vršiti od dana otvaranja stečajnog postupka do dana održavanja ročišta za glavnu debetu. Ne mogu se pobijati uobičajeni prigodni darovi, nagradni darovi, kao ni darovi učinjeni iz zahvalnosti niti izdvajanja u humanitarne svrhe, pod uslovom da su u vreme kada su učinjeni bili srazmerni finansijskim mogućnostima stečajnog dužnika i uobičajeni za privrednu granu kojoj stečajni dužnik pripada.

<sup>5</sup> Čl. 103. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima: "Ako je zaključenje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor će ostati na snazi ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povredila zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice." Čl. 106. Zakona o obligacionim odnosima: "Kad ništav ugovor ispunjava uslove za punovažnost nekog drugog ugovora, onda će među ugovaračima važiti taj drugi ugovor, ako bi to bilo u saglasnosti sa ciljem koji su ugovarači imali u vidu kad su ugovor zaključili i ako se može uzeti da bi oni zaključili taj ugovor da su znali za ništavost svog ugovora."

<sup>6</sup> Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 3980/13 od 21.8.2013. god..

radnje ostaju punovažni. Za vanstečajno pobijanje je potrebno da je potraživanje poverioca dospelo za isplatu bez obzira kada je nastalo, kao i da je radnja koja se pobija preduzeta na štetu poverilaca. Za uspešno pobijanje u stečaju moraju biti ispunjeni kumulativni preduslovi (da je otvoren stečajni postupak, da u stečajnoj masi nema dovoljno imovine za potpuno namirenje poverilaca i da je pravni posao punovažan), jedan od uslova iz člana 119. stav 1. Zakona o stečaju (da se preduzetim pravnim poslom, odnosno pravnom radnjom, narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci ili pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj), kao i jedan od osnova propisanih članom 120–123. Zakona o stečaju (uobičajeno namirenje, neuobičajeno namirenje, neposredno oštećenje poverilaca ili namerno oštećenje poverilaca).

#### DEJSTVA VANSTEČAJNOG POBIJANJA

Vanstečajno pobijanje se najčešće preduzima tužbom, a može i prigovorom<sup>7</sup>. Pasivno legitimisano je lice sa kojim je ili u čiju korist je preduzeta pravna radnja koja se pobija, odnosno njegovi univerzalni sukcesori. Kako je cilj pobijanja da se pravnom poslu (radnji) oduzme pravno dejstvo, radi namirenja potraživanja poverioca (u parničnom postupku – tužioca), to tužba za vanstečajno pobijanje mora da sadrži dva tužbena zahteva:

- prvi tužbeni zahtev je da se određena pravna radnja ili pravni posao oglase bez dejstva u odnosu na poverioca – tužioca; i
- drugi tužbeni zahtev se odnosi na način i obim trpljenja tuženog ili pak (ne) činjenja, da bi tužilac kao poverilac namirio svoje potraživanje. Stoga ovaj deo tužbenog zahteva mora da sadrži i obim trpljenja tuženog radi namirenja potraživanja poverioca – tužioca<sup>8</sup>. Svrha vanstečajnog pobijanja nije da se pravni posao ili pravna radnja oglase ništavim ili ponište, nije cilj da im se oduzme dej-

<sup>7</sup> Čl. 283. Zakona o obligacionim odnosima: (1) Pobijanje se može vršiti tužbom ili prigovorom. (2) Tužba za pobijanje podnosi se protiv trećeg lica sa kojim je, ili u čiju je korist preduzeta pravna radnja koja se pobija, odnosno protiv njegovih univerzalnih pravnih sledbenika. (3) Ako je treći otuđio nekim teretnim poslom korist pribavljenu raspolaganjem koje se pobija, tužba se može podići protiv pribavioca samo ako je ovaj znao da se pribavljanje njegovih prethodnika moglo pobijati, a ako je tu korist otuđio poslom bez naknade, tužba se može podići protiv pribavioca i ako on to nije znao. (4) Tuženi može izbeći pobijanje ako ispuní dužnikovu obavezu.

<sup>8</sup> Zahtev za pobijanje dužnikove pravne radnje kod ugovora o poklonu, pored zahteva za utvrđenje da je u odnosu na dužnika bez pravnog dejstva ugovor o poklonu do visine tužiočevog potraživanja utvrđenog pravnosnažnom i izvršnom sudskom odlukom, treba da sadrži i zahtev da se obaveže dužnik – tuženi da dozvoli i trpi da se tužilac namiri u svom potraživanju prema dužniku prodajom nepokretnosti koje su bile predmet ugovora o poklonu (presuda Apelacionog suda u Novom Sadu GŽ 396/11 od 24.3.2011. god.).

stvo u celosti i prema trećim licima, već se pravnom poslu, odnosno pravnoj radnji, oduzima dejstvo samo u onom obimu koji je neophodan za namirenje tužioca kao poverioca. U preostalom delu i u odnosu na treća lica pravni posao i dalje ima dejstvo, punovažan je<sup>9</sup>.

Upravo iz gore navedenih razloga presuda kojom je usvojen tužbeni zahtev za vanstečajno pobijanje nije isprava na osnovu koje se može upisati pravo svojine u korist lica – dužnika, koji je raspolagao svojom imovinom, a koje raspolaganje je bilo predmet uspešnog pobijanja<sup>10</sup>. Dužnik čak i ne mora biti uvek obuhvaćen tužbom, pasivno je legitimisano lice sa kojim je dužnik preduzeo pobijanu pravnu radnju koje imalo koristi od radnje samog dužnika.

Krajnji cilj uspešnog pobijanja postiže se u izvršnom postupku pokrenutom po predlogu poverioca – tužioca iz pobojne parnice: poverilac – tužilac iz pobojne parnice, sada izvršni poverilac, može stvar koja je bila predmet raspolaganja iz pobijenog pravnog posla opredeliti kao predmet izvršenja svog dospelog potraživanja zbog koga je i podneo poboju tužbu<sup>11</sup>. To znači da će poverilac namiriti svoje potraživanje u izvršnom postupku iz vrednosti stvari čiji je vlasnik treće lice, a ne poveriočev dužnik, s tim što će treće lice u izvršnom postupku biti prinuđeno da trpi namirenje potraživanja poverioca iz vrednosti stvari čiji je vlasnik. Višak vrednosti koji preostane iz vrednosti prodate stvari predaje se protivniku pobijanja (vlasniku stvari).

Iz svega navedenog sledi zaključak da se uspešnim vanstečajnim pobijanjem pravnog posla dužnika ne vraća u svojinu stvar koja je bila predmet raspo-

---

<sup>9</sup> Osobnosti ovog pravnog instituta su da konkretna pravna radnja prema ostalim licima i u ostalom delu proizvodi pravno dejstvo (odnosno pravni posao opstaje), pasivno je legitimisano samo treće lice sa kojim je dužnik preduzeo pobijanu pravnu radnju (nije nužno tužbom obuhvatiti i dužnika) i punovažno pobijanje proizvodi dejstvo od momenta pobijanja, pa ubuduće (dejstvo *ex nunc*). (Odgovori na pitanja trgovinskih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove održanim dana 5.10, 25.10, 7.11. i 14.11.2006. god. i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove održanoj dana 20.9.2006. god. – *Sudska praksa trgovinskih sudova* – Bilten br. 3/06, str. 64).

<sup>10</sup> Pobijanje pravne radnje proizvodi dejstva između poverioca i poklonoprimca. Usvajanjem zahteva za pobijanje za poklonoprimca nastaje obaveza da trpi poveriočevo namirenje iz predmeta poklona, ali u odnosu na poklonodavca ne može da proizvede nikakvo dejstvo. Nepokretnost je pre podnošenja tužbe za pobijanje iz imovine poklonodavca prešla u imovinu drugog lica, pa se poklonodavcu ne bi moglo naložiti da trpi namirenje iz tuđe imovine (presuda Apelacionog suda u Beogradu GŽ 2388/14 od 8.12.2015. god.).

<sup>11</sup> Usvajanjem tužbe u odnosu na deo zahteva da se utvrdi da je u odnosu na tužioca bez pravnog dejstva ugovor o poklonu u delu potrebnom za namirenje njegovog dospelog potraživanja, postignut je cilj tužbe – da tužilac u izvršnom postupku može kao poverilac nepokretnost koja je predmet tog ugovora opredeliti kao predmet izvršenja svog dospelog potraživanja ... Rešenje Vrhovnog suda Srbije Rev 1447/08 od 8.4.2009. god.

laganja dužniku, što dalje znači da ukoliko su predmet raspolaganja iz pobijenog pravnog posla bile nepokretnosti ili pak pokretne stvari o kojima se vode javni registri, pravnosnažna i izvršna presuda o uspešno pobijenom pravnom poslu nije i ne može biti osnov za promenu nosioca prava svojine, odnosno upisa dužnika kao nosioca prava svojine.

#### DEJSTVO STEČAJNOG POBIJANJA

Pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika pobijaju se uglavnom tužbom, a mogu se pobijati protivtužbom ili prigovorom u parnici<sup>12</sup>. Tužiocu u postupku stečajnog pobijanja mogu biti poverioci ili stečajni upravnik u ime i za račun stečajnog dužnika, odnosno stečajne mase. Tužba se podnosi protiv lica sa kojim je pravni posao zaključen, odnosno prema kome je pravna radnja preduzeta (protivnik pobijanja) i protiv stečajnog dužnika, ako u njegovo ime tužbu nije podneo stečajni upravnik. Tuženi u stečajnom pobijanju mogu biti i naslednici ili drugi univerzalni pravni sledbenici protivnika pobijanja, kao i ostali pravni sledbenici protivnika pobijanja pod uslovima propisanim članom 129. stav 4. Zakona o stečaju.

Zakon o stečaju dejstva pobijanja reguliše jednom jedinom odredbom, članom 130. koji glasi: "Ako zahtev za pobijanje pravnog posla ili druge pravne radnje bude pravnosnažno usvojen, pobijeni pravni posao odnosno pravna radnja nemaju dejstva prema stečajnoj masi, a protivnik pobijanja je dužan da u stečajnu masu vrati svu imovinsku korist stečenu na osnovu pobijenog posla ili druge radnje."<sup>13</sup>

Protivnik pobijanja, nakon što vrati imovinsku korist iz stava 1. ovog člana, ima pravo da ostvaruje svoje protivpotraživanje kao stečajni poverilac, podnošenjem naknadne prijave potraživanja."<sup>14</sup>

Iz odredbe jasno proizlazi da uspešno stečajno pobijanje proizvodi pravno dejstvo samo prema stečajnoj masi stečajnog dužnika. To dalje znači da i stečajno pobijanje ima ograničeno dejstvo, oduzima pravno dejstvo punovažnom prav-

---

<sup>12</sup> Čl. 128. Zakona o stečaju.

<sup>13</sup> Pravne posledice uspešnog pobijanja izvršene kompenzacije sastoje se u obavezi vraćanja po tom osnovu ostvarene koristi u stečajnu masu, a lice koje je vratilo primljeno može podneti naknadnu prijavu radi sticanja statusa stečajnog poverioca i ravnopravnog namirenja iz stečajne mase. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 85/17 od 30.3.2017. god.

<sup>14</sup> U slučaju otuđenja predmeta pobijenog pravnog posla, protivnik pobijanja ima obavezu da, zbog nemogućnosti naturalne restitucije, u stečajnu masu vrati novčanu protivvrednost predmeta raspolaganja, kao neosnovano stečenu imovinsku korist. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 367/17 od 21.12.2017. god.

nom poslu samo u odnosu na stečajnu masu, ali ne i u odnosu na treća lica i ne u odnosu na stečajnog dužnika.

Stečajni dužnik nije isto što i stečajna masa: stečajni dužnik je pravno lice, najčešće privredno društvo (osim lica iz člana 14. Zakona o stečaju) nad kojim je otvoren stečajni postupak, a stečajna masa je definisana članom 101. Zakona o stečaju: stečaja masa je celokupna imovina dužnika u zemlji i inostranstvu na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i imovina koju stečajni dužnik stekne tokom stečajnog postupka. Od pojma stečajne mase treba razlikovati pojam deobne mase koji je dat u članu 138. stav 1. Zakona o stečaju<sup>15</sup>.

Nadalje, "... pobijeni pravni posao je pravno valjan i proizvodi pravne posledice sve dok se ne izvrši njegovo pobijanje, ali i nakon toga pravna radnja ostaje punovažna. Pravna dejstva pobijanja uvek nastaju *ex nunc*, jer je pobijena pravna radnja i pre i nakon toga pravno valjana. Zato se pravna dejstva pobijanja tiču samo stečajne mase, odnosno stečajnih poverilaca, a ne i punovažnosti pobijene pravne radnje. To ukazuje da je pravni domašaj pobijanja manji od pravnih posledica koje nastaju zaključenjem ništavog, odnosno poništenja rušljivog pravnog posla."<sup>16</sup>

"Pobijanjem se ne dira u pravni odnos između stečajnog dužnika i trećeg lica (protivnika pobijanja). Naprotiv, taj pravni odnos i dalje opstaje, ali ne dejstvuje prema stečajnoj masi. Primera radi, ako je stečajni dužnik zaključio ugovor o kreditu sa bankom koji je u stečajnom postupku pobijen, to ne bi uticalo na pravo banke da traži ispunjenje ugovora od eventualnih jemaca."<sup>17</sup>

Ukoliko se sve gore navedeno prihvati kao tačno, a autor ovog rada deli citirana mišljenja, može se osnovano postaviti sledeće pitanje:

Da li se u slučaju uspešnog stečajnog pobijanja, stvari koje su bile predmet raspolaganja pobijenim pravnim poslom vraćaju u stečajnu masu u državinu, pri čemu je protivnik pobijanja dužan da trpi da se poverioci stečajnog dužnika namiruju prodajom stvari u stečaju (što bi bila analogija sa vanstečajnim pobijanjem), ili se stvar vraća stečajnom dužniku u svojinu, što iziskuje odgovarajuće izmene u javnim registrima: kada su u pitanju nepokretnosti u katastru nepokretnosti, a kada su u pitanju recimo, udeli u drugom društvu, izmene u APR-u?

---

<sup>15</sup> Čl. 138. st. 1. Zakona o stečaju: "Stečajnu masu za podelu stečajnim poveriocima (deobnu masu), čine novčana sredstva stečajnog dužnika na dan otvaranja stečajnog postupka, novčana sredstva dobijena nastavljanjem započetih poslova i novčana sredstva ostvarena unovčenjem stvari i prava stečajnog dužnika, kao i potraživanja stečajnog dužnika naplaćena u toku stečajnog postupka."

<sup>16</sup> Dragiša B. Slijepčević, *Komentar Zakona o stečaju*, Beograd 2016. god., izdavač Društvo sa ograničenom odgovornošću "Privredni savetnik", Beograd, str. 413.

<sup>17</sup> Vuk Radović, "Stečajno pravo", knjiga druga, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2017. god., str. 169.

Sledeće sporno pitanje koje se postavlja je:

Ukoliko od vrednosti stvari vraćene u stečajnu masu pobijenim pravnim poslom preostane deo sredstava nakon namirenja poverilaca u 100% iznosu prijavljenih potraživanja da li se isti tretira kao višak deobne mase (i vraća osnivačima kako to predviđa Zakon o stečaju u članu 147), ili se pak vraća protivniku pobijanja?

#### AKTUELNA SUDSKA PRAKSA

Presudom prvostepenog suda po pobojoj tužbi stečajnog dužnika, usvojen je tužbeni zahtev i utvrđeno je da je bez pravnog dejstva ugovor o kupoprodaji nepokretnosti zaključen između stečajnog dužnika, kao prodavca i tuženog, kao kupca, naloženo je RGZ da briše tuženog kao vlasnika iz Registra nepokretnosti i da izvrši upis stečajnog dužnika kao vlasnika stana. Privredni apelacioni sud je prvostepenu presudu potvrdio,<sup>18</sup> nalazeći da je pravilan zaključak prvostepenog suda da su ispunjeni opšti uslovi za pobijanje iz člana 119. Zakona o stečaju i osnov pobijanja iz člana 122. stav 1. Zakona o stečaju (neposredno oštećenje poverilaca). Vrhovni kasacioni sud<sup>19</sup> odbija kao neosnovanu reviziju tuženog uz obrazloženje: “Suština predmetnog spora je pobijanje pravnog posla u stečaju preduzetog u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Posledice uspešnog pobijanja pravnog posla regulisane su članom 130. Zakona o stečaju koji propisuje da ako je zahtev za pobijanje pravnog posla ili druge pravne radnje pravnosnažno usvojen, pobijeni pravni posao, odnosno pravna radnja nemaju dejstvo prema stečajnoj masi, a protivnik predlagača je dužan da u stečajnu masu vrati svu imovinsku korist stečenu na osnovu pobijenog posla ili druge radnje.”

Vrhovni kasacioni sud u istoj presudi dalje navodi: “Iz navedenog sledi da je suštinski efekat uspešnog pobijanja pravnog posla upravo vraćanje u pređašnje stanje, što je u ovom slučaju uspostavljanje prethodnog zemljišnoknjižnog stanja, a kako su to pravilno zaključili i nižestepeni sudovi.”

Presudom prvostepenog suda utvrđeno je da je bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi ugovor o prenosu osnivačkog udela zaključen između stečajnog dužnika (kao tužioca i prodavca) i tuženog, kao kupca, naloženo je tuženom da vrati u stečajnu masu preneti udeo i utvrđeno da je tužilac vlasnik vraćenog udela.

---

<sup>18</sup> Pž 6814/15 od 19.5.2016. god.

<sup>19</sup> Prevl 280/16 od 11.5.2017. god.



Presudom Privrednog apelacionog suda<sup>20</sup> potvrđena je prvostepena odluka uz obrazloženje: “Posledica usvajanja zahteva kojim se pobija ugovor o prenosu udela, ostvaruje se radnjama priznanja i trpljenja radnje upisa promene osnivača i vrednosti udela u Registru privrednih subjekata, pa ne stoje žalbeni navodi tuženog u tom smislu.”<sup>21</sup>

Presudom Privrednog apelacionog suda<sup>22</sup> preinačena je prvostepena odluka i usvojen tužbeni zahtev tužioca - stečajnog dužnika, tako što je stavljen van snage ugovor o prenosu udela i utvrđeno da navedeni ugovor nema dejstvo prema stečajnoj masi. Takođe je naloženo Agenciji za privredne registre da izvrši brisanje upisa osnovnog kapitala i upisa svih promena izvršenih na osnovu ugovora o prenosu udela. Privredni apelacioni sud svoju odluku obrazlaže na sledeći način: “Drugostepeni sud nalazi da je činjenično stanje u prvostepenoj presudi pravilno utvrđeno, ali da je prvostepeni sud pogrešno primenio materijalno pravo. To je bio razlog za preinačenje prvostepene presude i usvajanje tužbenog zahteva na osnovu člana 124. Zakona o stečaju.”

Vrhovni kasacioni sud<sup>23</sup> odbija kao neosnovanu reviziju tuženog izjavljenu protiv presude Privrednog apelacionog suda i svoj stav obrazlaže na sledeći način: “Tužilac postavljenim tužbenim zahtevom pobija svoju pravnu radnju besteretnog raspolaganja, jer je po njegovim navodima došlo do smanjenja njegove imovine kao stečajnog dužnika čime su izgledi poverioca za namirenje pogoršani. ... Kod ispunjenosti preduslova i jednog od opštih uslova iz člana 119. Zakona o stečaju, kao i posebnih iz člana 124. Zakona o stečaju za pobijanje spornog ugovora o prenosu udela, pravilno je zaključio drugostepeni sud da je osnovan postavljeni zahtev, te je preinačio prvostepenu presudu u tom smislu. ...”

U jednom drugom postupku koji se vodio između dva stečajna dužnika, po tužbi za utvrđenje prava svojine i izlučenje stvari iz stečajne mase tuženog i protivtužbi kojom se pobija ugovor o kupoprodaji zaključen između stranaka, Privredni apelacioni sud je prvostepenu odluku preinačio u celosti, tako što je odbio tužbeni zahtev tužioca za utvrđenje prava svojine i izlučenje iz stečajne mase tuženog, a usvojio protivtužbeni zahtev i utvrdio da je predmetni ugovor o kupoprodaji bez pravnog dejstva.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Pž 4438/13 od 16.4.2014. god.

<sup>21</sup> Isto stanovište zauzeto je i u presudama Privrednog apelacionog suda Pž 5113/14 od 18.2.2016. god. i presudi Vrhovnog kasacionog suda Prevl 298/16 od 9.2.2017. god.

<sup>22</sup> Pž 5113/14 od 18.2.2016. god.

<sup>23</sup> Prevl 298/16 od 9.2.2017. god..

<sup>24</sup> Pž 4810/17 od 23.11.2017. god..

Odlukom Vrhovnog kasacionog suda<sup>25</sup> odbija se kao neosnovana revizija i potvrđuje ova presuda Privrednog apelacionog suda uz obrazloženje: "... da su se stekli uslovi za pobijanje spornog pravnog posla iz odredbi člana 119. i člana 122. stav 1. tačka 2. Zakona o stečaju, ... i da: "tužilac nema pravo da traži utvrđenje prava svojine i izlučenje nepokretnosti koja je predmet pobijenog ugovora. Zato je odbijen tužbeni zahtev."

Iz izložene sudske prakse proizlazi da su sudovi u slučaju uspešnog stečajnog pobijanja, kada je predmet raspolaganja pobijenog pravnog posla nepokretnost ili udeo, nalagali javnim registrima (nepokretnosti ili udela) brisanje upisa izvršenih na osnovu pobijenog pravnog posla i ponovne upise zemljišnoknjižnog stanja pre zaključenja pobijenog pravnog posla. U drugim slučajevima, kada i nisu nalagali upise javnim registrima utvrđivali su da je stečajni dužnik (koji je raspolagao nepokretnošću ili udelom pobijenim pravnim poslom) vlasnik nepokretnosti, odnosno udela, koje presude su kao izvršne isprave podobne za upis prava svojine na nepokretnostima ili udelima u javnim registrima.

Sledom rečenog, dosledno prateći sudsku praksu, sudovi su kupcima nepokretnosti (ili udela) odbijali da utvrde pravo svojine iz razloga što je ugovor o kupoprodaji ili prenosu udela, bez dejstva prema stečajnoj masi iz razloga stečajnog pobijanja. Na taj način sudovi su dejstvo uspešnog stečajnog pobijanja izjednačili sa dejstvom ništavih ugovora. To za posledicu ima da je protivnik pobijanja izgubio svojinu na stvari, stvar je nakon uspešno pobijenog posla vraćena u stečajnu masu i to u vlasništvo stečajnog dužnika. U slučaju da je protivnik pobijanja propustio da podnese naknadnu prijavu potraživanja,<sup>26</sup> kao stečajni poverilac, čime bi izostalo njegovo namirenje kao stečajnog poverioca<sup>27</sup>, ostatak sredstava bi se smatrao viškom deobne mase i bio bi raspoređen osnivačima primenom člana 147. Zakona o stečaju.

<sup>25</sup> Prevl. 205/18 od 31.1.2019. god..

<sup>26</sup> Čl. 130. st. 2. Zakona o stečaju.

<sup>27</sup> Sudska praksa se nije izjasnila do kada protivnik pobijanja može da podnese prijavu potraživanja kao stečajni poverilac. Po mišljenju autora ovog rada krajnji rok je rok za izjavljivanje primedbi na nacrt rešenja za glavnu deobu, a to znači da se može dogoditi da presuda kojom se pobija pravni posao može biti doneta i nakon pravnosnažnosti rešenja o glavnoj deobi, čime je lišen protivnik pobijanja da podnese naknadnu prijavu potraživanja blagovremeno, odnosno do isteka roka za prigovore na nacrt rešenja za glavnu deobu. Međutim, ništa ne sprečava protivnika pobijanja da podnese i uslovnu prijavu potraživanja, posebno imajući u vidu da su stečajni upravnici dužni i bez naknadne prijave da rezervišu sredstva u nacrtu rešenja za glavnu deobu za eventualnu naknadnu prijavu potraživanja (čl. 139. st. 4. tač. 4a. Zakona o stečaju), ali nema uslova da se potraživanje ispituje ako nema prijave.

STAV AUTORA O DEJSTVU STEČAJNOG POBIJANJA  
– RAZLOZI ZA PROMENU SUDSKE PRAKSE

Stav autora ovog rada je već delimično izražen u prethodnom delu konstatacijom da je sudska praksa posledice uspešnog stečajnog pobijanja poistovetila sa posledicama utvrđivanja ništavosti ugovora, odnosno poništaja ugovora. Međutim, to nije cilj pobijanja, ni vanstečajnog, ni stečajnog. Cilj pobijanja je da pobijeni pravni poslovi (pravne radnje) ostaju punovažni i proizvode dejstvo prema svima, osim prema tačno određenom poveriocu u tačno određenom obimu, radi namirenja tačno određenog potraživanja, kada je u pitanju vanstečajno pobijanje, a kada je u pitanju stečajno pobijanje: pravni posao proizvodi pravno dejstvo takođe prema svima, što podrazumeva i treća lica i stečajnog dužnika, ali ne proizvodi pravno dejstvo prema stečajnoj masi iz koje se namiruju poverioci, a to znači da ne proizvodi pravno dejstvo samo prema poveriocima stečajnog dužnika u meri potrebnoj za namirenje stečajnih poverilaca. Posledica tumačenja dejstva pobijanja na ovaj način jeste da protivnik pobijanja i dalje ostaje titular prava koje mu je preneto pobijenim pravnim poslom, odnosno vlasnik nepokretnosti (ako je nepokretnost bila predmet raspolaganja pobijenim pravnim poslom) ili udela (ako je udeo bio predmet raspolaganja pobijenim pravnim poslom). To znači da nakon uspešnog stečajnog pobijanja, stečajnom dužniku se “ne vraćaju” prava kojima je raspolagao, pa nema osnova ni za bilo kakve upise – promene titulara prava (vlasnika nepokretnosti, vlasnika udela) u javnim registrima. Jedini upis koji je moguć jeste zabeležba spora.<sup>28</sup>

Ova posledica uspešnog stečajnog pobijanja je istovetna posledici uspešnog vanstečajnog pobijanja: kod vanstečajnog pobijanja ne menja se titular prava kojim je raspolagano, već se isti obavezuje na trpljenje radi namirenja potraživanja poverioca prema njegovom dužniku, koji je to pravo otuđio. To jasno proizlazi iz rešenja Vrhovnog suda Srbije Rev 1447/08 od 8.4.2009. godine: “Usvajanjem tužbe u odnosu na deo zahteva da se utvrdi da je u odnosu na tužioca bez pravnog dejstva ugovor o poklonu u delu potrebnom za namirenje njegovog dospelog po-

---

<sup>28</sup> Čl. 4. Zakona o državnom premeru i katastru (“Službeni glasnik RS”, br. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 – odluka US, 96/15, 47/17 – autentično tumačenje, 113/17 – dr. zakon, 27/18 – dr. zakon i 41/18 – dr. zakon) je propisano da je katastar nepokretnosti osnovni i javni registar o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima. Takođe, čl. 63. navedenog zakona je propisano načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti, a čl. 64. načelo zakonitosti. Prema članu 88a. istog zakona je propisano da upis u katastar nepokretnosti, osim upisa prava, se vrši i na osnovu odgovarajućih potvrda i uverenja koje izdaju nadležni organi, odnosno vršioci javnih ovlašćenja, elaborata premera, odnosno elaborata geodetskih radova, nalaza i mišljenja stalnog sudskog veštaka i tužbe podnete nadležnom sudu kojima se dokazuju činjenice koje su od uticaja na podatke katastra nepokretnosti.

traživanja, postignut je cilj tužbe – da tužilac u izvršnom postupku može kao poverilac nepokretnost koja je predmet tog ugovora, opredeliti kao predmet izvršenja svog dospelog potraživanja...”

Kako je izvršni postupak postupak individualnog namirenja, a stečajni postupak postupak kolektivnog namirenja, to dejstvo uspešnog stečajnog pobijanja ima za posledicu u krajnjem ishodu vraćanje (predaja u posed) stvari (koja je bila predmet raspolaganja pobijenim pravnim poslom) u stečajnu masu stečajnog dužnika i trpljenjem da se stvar u stečajnom postupku proda i iz vrednosti namire poverioci. Kupac ove stvari u stečaju svojinu stiče na osnovu rešenja<sup>29</sup> stečajnog sudije (kojim se konstatuje da je prodaja izvršena i kojim se nalaže odgovarajućem registru upis prava svojine i brisanje tereta nastalih pre izvršene prodaje, odnosno upis drugih prava stečenih prodajom), koje rešenje sa dokazom o uplati kupoprodajne cene je i osnov za upis prava svojine kupca, bez obzira na ranije upise i bez tereta.<sup>30</sup>

Izloženim pristupom stečajnom pobijanju se ne dovodi u pitanje raspolaganje viškom vrednosti koji preostane po namirenju poverilaca iz vrednosti stvari vraćene u stečajnu masu pobijenim pravnim poslom, u slučaju nepodnošenja naknadne prijave potraživanja. Taj višak bi se raspodelio protivniku pobijanja, kao vlasniku stvari, udela ili titularu prava, kao što se i višak koji preostane nakon na-

<sup>29</sup> Čl. 132. st. 13. Zakona o stečaju: “Stečajni sudija će rešenjem konstatovati da je prodaja izvršena i naložiti odgovarajućem registru upis prava svojine i brisanje tereta nastalih pre izvršene prodaje, odnosno upis drugih prava stečenih prodajom. Navedeno rešenje sa dokazom o uplati cene je osnov za sticanje i upis prava svojine kupca, bez obzira na ranije upise i bez tereta, kao i bez ikakvih obaveza nastalih pre izvršene kupoprodaje, uključujući i poreske obaveze i obaveze prema privrednim subjektima pružiocima usluga od opšteg interesa koje se odnose na kupljenu imovinu.”

<sup>30</sup> Iz svega navedenog sledi da će sud u svakom slučaju, obavezno doneti rešenje iz čl. 133. st. 12. Zakona o stečaju. Stečajni sudija, nakon izvršene prodaje i obaveštenja od strane stečajnog upravnika o isplati cene, vrši kontrolu zakonitosti postupka prodaje, pazeći po službenoj dužnosti na eventualnu ništavost, donosi rešenje kojim konstatuje prodaju, a protiv tog rešenja sva zainteresovana lica, dakle i učesnici u postupku prodaje, imaju pravo žalbe. U situaciji kada je u toku postupak ozakonjenja, stečajni sudija će doneti rešenje iz čl. 133. st. 12. Zakona o stečaju, kojim će konstatovati da je prodaja izvršena, ali istim neće naložiti odgovarajućem registru upis prava svojine i brisanje tereta nastalih pre izvršene prodaje, odnosno upis drugih prava stečenih prodajom, jer imovina nije ni upisana, te bi odluka u tom smislu bila neizvršiva. Uslovi za upis pred nadležnim katastrom nepokretnosti, steći će se u skladu sa odredbom člana 36. Zakona o ozakonjenju objekata, kojom je propisano da se danom pravnosnažnosti rešenja o ozakonjenju, stiču uslovi za upis prava svojine u javnoj knjizi o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima, odnosno za odgovarajući upis u katastar vodova. (Izvod iz odgovora na pitanja privrednih sudova koji su utvrđenih na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanim dana 16.11, 17.11, 20.11. i 30.11.2017. i na sednici Odeljenja za privredne prestupe održanoj dana 17.11.2017. god.).

mirenja izvršnog poverioca iz izvršnog postupka, gde je predmet izvršenja stvar iz pobijenog pravnog posla, predaje protivniku vanstečajnog pobijanja.

## ZAKLJUČAK

Svrha referata nije kritika postojeće sudske prakse i odluka Privrednog apelacionog suda i Vrhovnog kasacionog suda, već potreba da se stručna javnost upozna sa drugačijim pristupom institutu stečajnog pobijanja i kritički sagleda viđenja autora o dejstvu stečajnog pobijanja koje se razlikuje od stanovišta koje je formirala sudska praksa. Osnovna ideja pri pisanju ovog rada bila je da bez obzira što se u stečajnom pobijanju shodno ne primenjuju odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojim se reguliše vanstečajno pobijanje, da se ova dva pravna instituta ne mogu posmatrati nezavisno jedan od drugog. Ipak se stečajno pobijanje razvilo iz vanstečajnog i hteli to ili ne analogija se mora primeniti, na šta ukazuje i pravna logika. Predloženo viđenje stečajnog pobijanja daje odgovore i na druga sporna pitanja koja ovde nisu razmatrana, a koja se pojavljuju u stečajnom postupku, kao što je vraćanje stvari na koje stečajni poverilac ima obezbeđenje u stečajnu masu, nakon što je protekao rok za prijavljivanje potraživanja.

Autor takođe smatra da se navedeno stanovište zasniva na prirodi instituta pobijanja pravnih poslova i pravnih radnji i da proizlazi iz odredbe člana 130. stav 1. Zakona o stečaju.

JASMINKA OBUĆINA

President of the Commercial Court of Appeal

## LEGAL EFFECT OF A CONTESTED AGREEMENT ON THE ASSIGNMENT OF ASSETS ENTERED INTO THE PUBLIC BANKRUPTCY ESTATE REGISTRY

### Summary

Contesting is a concept from the Law on Contracts, which is applied in relations between the debtor and the creditor, only in situations when the debtor does not possess sufficient assets from which the creditor can recover its receivables. In such situations, the legislator allows the debtor, under specifically defined conditions, to contest a normally valid transaction (or other action), for the purpose of recovering its receivables. The reason conditions for contesting are precisely stipulated per law is exactly because a legally valid transaction (or other action) is always contested. It may be rightfully said that contesting the debtor's legal transactions is an exception to the rule: the rule is that a valid legal transaction has legal effect both between the parties, as well as vis-à-vis third parties, and the exception is that (for the purpose of settling the creditor's receivables) the validity of a

legal transaction strips away its legal effect, though to a limited extent, but nevertheless it does. In local legislation, there are two forms of contesting: contesting in bankruptcy proceedings and contesting outside bankruptcy proceeding. Contesting outside bankruptcy proceedings is governed by Articles 281-285 of the Law on Contracts whereas contesting in bankruptcy proceedings is regulated by laws governing bankruptcy.

*Key words:* contesting in the bankruptcy proceedings, contesting outside the bankruptcy proceedings

VLADIMIR VRHOVŠEK,  
VLADIMIR KOZAR

## IZLUČNA TUŽBA PROTIV STEČAJNOG DUŽNIKA

*U radu su prikazane zakonske odredbe, stavovi sudske prakse i mišljenja pravne nauke o izlučnoj tužbi protiv stečajnog dužnika. Nakon objašnjenja pojma izlučnog prava i izlučne tužbe, prikazan je procesno-pravni položaj izlučnog poverioca, uključujući i pitanje aktivne legitimacije za pokretanje stečajnog postupka. Zaključeno je da izlučni poverilac nije ovlašćen da podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka, jer nema novčano potraživanje prema stečajnom dužniku, koje bi mu dalo svojstvo stečajnog ili razlučnog poverioca i aktivnu legitimaciju. Ukazano je da izlučni poverioci imaju pravo na namirenje kroz sve postupke, uključujući i parnični postupak, koji pokreću kondemnatornom tužbom sa zahtevom da se iz stečajne mase izdvoji i vrati određena stvar. Objasnjeno je da je osnov izlučnog zahteva pravo svojine na stvari, koja se u trenutku otvaranja stečaja nalazi kod stečajnog dužnika, ili pravo industrijske svojine (žig, patent), kao i obligaciono pravo koje se odnosi na predaju individualno određene stvari, na kojoj stečajni dužnik nema pravo svojine.*

Ključne reči: *izlučno pravo, stečaj, tužba, poverilac, dužnik*

### U V O D

#### – POJAM IZLUČNOG PRAVA I IZLUČNE TUŽBE

Novčano potraživanje ostvaruje se prinudno u postupku pojedinačnog (individualnog) ili opšteg (generalnog) izvršenja.<sup>1</sup> U izvršnom postupku

---

Vladimir Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu.

Dr Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1987, str. 436.

sprovodi se pojedinačno izvršenje, dok se u stečajnom postupku sprovodi opšte izvršenje. U izvršnom postupku važi princip *prvi u vremenu jači u pravu* (*prior tempore, potior iure*), a u stečajnom postupku se poverioci namiruju istovremeno i konkurentno,<sup>2</sup> čime se ostvaruje jedno od glavnih načela stečaja - jednak tretman poverilaca (*par conditio creditorum*).<sup>3</sup> S druge strane, stečaj je institut kolektivnog namirenja poverilaca generalnim izvršenjem na imovini stečajnog dužnika, čime on prestaje da postoji kao pravni subjekt.<sup>4</sup> To znači da se ova dva postupka međusobno isključuju.

Međutim u obe vrste postupaka prinudnog izvršenja može se pojaviti treće lice koje tvrdi da na određenom predmetu ili delu imovine stečajnog ili izvršnog dužnika<sup>5</sup> nije moguće sprovesti izvršenje prodajom radi namirenja poverilaca, jer ta stvar ili imovina ne pripada dužniku. Reč je o izlučnom pravu i izlučnoj tužbi trećeg lica, koje na osnovu svog stvarnog ili ličnog prava, traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase,<sup>6</sup> odnosno da se proglašava izvršenje na određenom predmetu nije dozvoljeno.<sup>7</sup> "Izlučnim pravima se onemogućava ulazak sredstava, koja se nalaze kod stečajnog dužnika, ali mu ne pripadaju, u stečajnu masu."<sup>8</sup> Izlučna tužba je pravno sredstvo koje je najčešće korišćeno radi zaštite prava svojine na predmetu izvršenja, pa neki autori ga smatraju posebnom vrstom svojinske tužbe, mada se ova tužba može podići i radi zaštite nekog drugog prava, npr: prava koje je nastalo na osnovu nekog ugovora (na osnovu ugovora o posluži, ostavi, ugovora o prodaji sa pravom zadržavanja svojine do isplate kupoprodajne cene, a treće lice koje je stvar kupilo još nije isplatilo celokupnu cenu).<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Aleksandar Radovanov, *Gradansko procesno pravo*, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, str. 404.

<sup>3</sup> Stefan Albrecht Riesenfeld, "Bankruptcy", <https://www.britannica.com/topic/bankruptcy#ref248841>, 17.09.2019.

<sup>4</sup> Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1997, str. 325.

<sup>5</sup> Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar, "Proglašenje izvršenja nedopuštenim, opoziciona i izlučna tužba", *Pravo i privreda*, br. 5–8, Beograd, 2001, str. 892–911.

<sup>6</sup> Zakon o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Odluka Ustavnog suda), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, čl. 50

<sup>7</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS*, br. 106/2015, 106/2016 (Autentično tumačenje), 113/2017 (Autentično tumačenje), 54/2019, čl. 108, st. 1 i čl. 111, st. 1.

<sup>8</sup> Dara Milenović, "Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka", <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadržaj/zbornici/z30/15z30.pdf>, 11.09.2019, str. 180.

<sup>9</sup> Adam Lazarević, *Osnovi izvršnog postupka sa stečajnim postupkom i prinudnom likvidacijom preduzeća*, Univerzitet u Skoplju, Skoplje, 1956, str. 141.



Izlučnim poveriocima, stečajni upravnik ne sme predati manje od onoga što potražuju ukoliko su dokazali osnov potraživanja, a grupno namirenje stečajnih poverilaca ne može sprovesti na onim stvarima i pravima stečajnog dužnika, koja ne bi mogla biti niti predmet izvršenja.<sup>10</sup>

Kada je u pitanju ostvarivanje izlučnog prava naš stečajni zakon veoma kvalitetno štiti izlučne poverioce. To se prvenstveno odnosi na slučaj kada je stečajni upravnik dužan da izlučnom poveriocu prioritarno isplati novčanu protivvrednost stvari na kojoj je imao izlučno pravo.<sup>11</sup>

#### PROCESNO-PРАВNI ПОЛОЖАЈ ИЗЛУЧНОГ ПОВЕРИОЦА

Izlučni poverilac je lice koje, na osnovu svog stvarnog ili ličnog prava, ima pravo da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase. Izlučni poverilac nije stečajni poverilac, a stvar na koju se odnosi izlučno pravo, ne ulazi u stečajnu masu (ZS, čl. 50), što samim tim predstavlja izuzetak od opšteg načela kolektivnog i srazmernog namirenja uspostavljenog stečajnim zakonom.<sup>12</sup> “To znači da se izlučni poverioci namiruju posebno od stečajnih poverilaca, izdvajanjem stvari na kojima imaju izlučno pravo” i njihovim preuzimanjem, i to “u naturi i potpuno”.<sup>13</sup>

U sudskoj praksi zauzet je stav da nije dozvoljen predlog izlučnog poverioca za pokretanje stečajnog postupka. Zaključeno je da ne postoji aktivna legitimacija izlučnog poverioca za pokretanje stečajnog postupka, uz obrazloženje da činjenica da poverioci “mogu podneti predlog za pokretanje stečajnog postupka samo iz razloga postojanja trajne nesposobnosti plaćanja koja je definisana odredbama člana 11. stav 3. ZS, i nepostupanja po usvojenom planu reorganizacije ili ukoliko je isti izdejtstvolan na prevaran i nezakonit način, ukazuje ... da podnosioci predloga za pokretanje stečajnog postupka ne mogu biti izlučni poverioci već samo obezbeđeni ili neobezbeđeni poverioci (stečajni poverioci i razlučni poverioci) koji imaju novčana potraživanja prema stečajnom dužniku. Stvar na kojoj izlučni poverilac ima izlučno pravo, na osnovu ličnog ili stvarnog prava ne ulazi u stečajnu masu, a sam poverilac ima prava da zahteva izdvajanje iste, pa stoga on i

---

<sup>10</sup> Vesna Dabetić Trogrlić, “Tužbe iz stečajnog postupka”, *Bilten Privrednog suda u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2015, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/44474>, 29.08.2019.

<sup>11</sup> Marijana Đukić Mijatović, Vladimir Kozar, *Postulati korporativnog stečaja u Republici Srbiji*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2019, str. 426.

<sup>12</sup> *Ibidem*, str. 403.

<sup>13</sup> D. Milenović, nav. delo, str. 180.

nije poverilac novčanog potraživanja prema stečajnom dužniku i zato nije aktivno legitimisan za podnošenje predloga.”<sup>14</sup>

Za razliku od ZS, ZIO<sup>15</sup> “ne govori o prirodi prava trećeg lica, da li je to svojinsko ili obligaciono pravo, već samo da to pravo treba da spreči izvršenje na traženom predmetu”.<sup>16</sup> Takvo rešenje postojalo je i u ranijim zakonima koji su regulisali izvršni postupak.<sup>17</sup>

Izlučni poverioci imaju pravo na namirenje kroz sve postupke, dok stečajni i razlučni poverioci, danom otvaranja stečajnog postupka imaju pravo na namirenje samo kroz stečajni postupak.<sup>18</sup>

U pravnoj teoriji izlučni poverilac se definiše kao “lice koje ima izlučno pravo u odnosu na stečajnu masu stečajnog dužnika.” “Ovi poverioci su izlučni poverioci, a ne stečajni poverioci. Na izlučne poverioce ne primenjuju se pravila stečajnog postupka koja podrazumevaju grupno namirenje poverilaca iz stečajne mase. Oni se izdvojeno – pojedinačno namiruju po osnovu izdvajanja koje mogu ostvariti i u drugim postupcima, a ne samo u stečajnom postupku, npr. u parničnom postupku podnošenjem izlučne tužbe ili u upravnom postupku pred nadležnim upravnim organom.”<sup>19</sup>

Izlučni poverioci koji imaju pravo na izdvajanje tj. izlučenje stvari iz stečajne mase, to pravo ne mogu ostvariti u prethodnom stečajnom postupku, već samo u stečajnom postupku, tj. nakon otvaranja stečajnog postupka. “U tu svrhu, izlučni poverilac ne podnosi stečajnom sudu prijavu potraživanja, već izlučni zahtev tj. zahtev za izlučenje stvari iz stečajne mase stečajnog dužnika.”<sup>20</sup> “Izlučnu tužbu podnosi izlučni poverilac u procesnoj ulozi tužioca, koji ima neko stvarno ili obligaciono pravo na pokretnoj ili nepokretnoj stvari koja je ušla u stečajnu masu stečajnog dužnika i to protiv stečajnog dužnika kao tuženog.”<sup>21</sup> Izlučni poverilac izlučno pravo ostvaruje tužbom, koju podnosi protiv stečajnog dužnika

<sup>14</sup> Odgovor utvrđen na sednicama odeljenja Privrednog apelacionog suda od 9. i 10.11.2010, *Sudska praksa privrednih sudova*, br. 3. Beograd, 2010, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/33371>, 30.08.2019.

<sup>15</sup> ZIO, čl. 108, st. 1.

<sup>16</sup> Marija Salma, “Prigovor trećeg lica i tužba protiv izvršenja (izlučni zahtevi)”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2. Novi Sad, 2014, str. 203.

<sup>17</sup> Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar, “Opoziciona i izlučna tužba i predlog novog Zakona o izvršnom postupku”, *Pravni život*, vol. 52, br. 3–4, Beograd, 2003, str. 61–84.

<sup>18</sup> ZS, čl. 80.

<sup>19</sup> V. Dabetić Trogrlić, nav. delo.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

kao tuženog i zahteva od posednika povraćaj individualno određene stvari, dokazujući da na stvar čiji povraćaj traži ima pravo svojine i da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog. Zahtev za izlučenje određene stvari usmeren je prema stečajnom dužniku zato što se predmet čije se izdvajanje traži nalazi u stečajnoj masi.<sup>22</sup>

#### IZLUČNO PRAVO KAO STVARNO PRAVO NA INDIVIDUALNO ODREĐENOJ STVARI

Prema mišljenju pravne teorije, izlučno pravo je stvarno pravo, tako da izlučni poverilac može postaviti samo stvarnopravni, a ne i obligacionopravni zahtev.<sup>23</sup> Radi se o apsolutnom pravu koje deluje *erga omnes*, protiv svih trećih osoba sa kojima ugroženi vlasnik nije u nikakvom obavezno pravnom odnosu.<sup>24</sup> S obzirom da to podrazumeva izdvajanje stvari iz stečajne mase, ovakvi zahtevi nazvani su *separationes ex iure dominii*.<sup>25</sup>

Pod izlučnim pravima podrazumevaju se prava trećih lica na izdvajanje stvari koje ne pripadaju dužniku. Stvari na kojima postoji izlučno pravo moraju biti individualno određene. Jer, predmet prava svojine (pa sledstveno i tužbe za povraćaj stvari) i drugih stvarnih prava, kao i posluge, najma i ostave mogu biti samo individualno određene stvari, dok se potraživanje može odnositi i na stvari određene po rodu.<sup>26</sup>

Izuzetno, to mogu biti i generično određene stvari, uključujući i novac, pod uslovom da su individualizovane, tj. posebno označene i izdvojene iz roda (npr. novac u zapečaćenom omotu): "Predmet izlučenja mogu biti kako individualno određene pokretne i nepokretne stvari, tako i generične stvari, koje su određive...Izlučni poverilac se namiruje izdvajanjem stvari, individualno određene ili generične koja je određiva, koje pravo može ostvariti i u drugim postupcima osim stečajnog postupka."<sup>27</sup> Jer, individualizovane stvari ponašaju se u pravnom životu kao individualno određene.<sup>28</sup> Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru

---

<sup>22</sup> Antun Verona, Srećko Zuglia, *Stečajni zakon s komentarom*, Jugoslovensko nakladno "Obnova" d.d, Zagreb, 1930, str. 158.

<sup>23</sup> Marijana Dukić Mijatović, *Stečajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2010, str. 209.

<sup>24</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 408.

<sup>25</sup> Milena Jovanović Zattila, Vladimir Čolović, *Stečajno pravo*, Dosije, Beograd, 2007, str. 113.

<sup>26</sup> Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1986, str. 24.

<sup>27</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 404.

<sup>28</sup> O. Stanković, M. Orlić, nav. delo, str. 24.

u čl. 810 razlikuje individualno određene stvari, koristeći termin “samoista”, od stvari određenih po rodu, koje naziva “suvrsté”.

O zamenljivoj stvari koja se može individualizovati kao predmetu izlučnog prava, u sudskoj praski zauzeti su odgovarajući stavovi (s tim što bi umesto pojma “zamenljiva stvar” pravilnije bilo da je upotrebljen pojam “stvar određena po rodu” ili “generična stvar”, jer se ove vrste stvari uvek ne podudaraju<sup>29</sup>): “Predmet izlučenog prava može biti samo individualno određena stvar, koja se u trenutku otvaranja stečaja nalazi kod stečajnog dužnika. Predmet izlučenja može biti i zamenljiva stvar ako sadrži obeležja kojima se može individualizovati.”<sup>30</sup>

U suprotnom, ako su u pitanju stvari određene po rodu, kao što je npr. novac na računu, novac dat na zajam, roba koju prodavac nije predao kupcu, i sl, na takvim stvarima ne može postojati pravo svojine poverioca, pa ni izlučno pravo, kao stvarno pravo, već samo obligaciono potraživanje<sup>31</sup>, koje se namiruje srazmerno raspoloživim sredstvima u okviru odgovarajućeg – trećeg isplatnog reda.<sup>32</sup> Izlučno pravo se zasniva na stvarima, a ne na novcu, ili na novčanim potraživanjima, jer su u pitanju obligaciona, a ne stvarna prava.<sup>33</sup>

Izlučni poverilac traži izlučenje iz stečajne mase i povraćaj neke individualne određene stvari, nad kojom bi svoje vlasništvo mogao zaštititi tužbom *rei vindicatio*.<sup>34</sup> Dakle, izlučno pravo je stvarno pravo – pravo svojine na individualno određenoj stvari, pa pravo izlučnog poverioca da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase odgovara svojinskoj – reivindikacionoj tužbi iz člana 37. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa – ZOSPO,<sup>35</sup> u kome je propisano

<sup>29</sup> *Ibidem*, str. 25.

<sup>30</sup> Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 452/03 od 10.06.2004, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/22057>, 29.08.2019.

<sup>31</sup> Nenovčana – naturalna potraživanja danom otvaranja stečaja konvertuju se u novčana potraživanja (ZS, čl.81 st. 2); Vladimir Kozar, Nemanja Aleksić, *Komentar zakona o stečaju sa novelama iz 2017. godine i sudskom praksom*, Poslovni biro, Beograd, 2018, str. 176. i 177.

<sup>32</sup> “Društvo za osiguranje nema pravo svojine, a time ni pravo izdvajanja (izlučno pravo), na novčanim sredstvima uplaćenim po osnovu premija za osiguranje života (sredstva matematičke rezerve), koja su se vodila na njegovom računu kod banke nad kojom je otvoren stečajni postupak, jer nije otvorilo sef ili na drugi način individualno izdvojilo navedena novčana sredstva, kao pokretne stvari u pogledu kojih tvrdi da ima izlučno pravo.” – Iz rešenja Višeg trgovinskog suda u Beogradu Pž. 8567/03 od 15.01.2004, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/22056>, 28.08.2019.

<sup>33</sup> Ivica Jankovec, *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, str. 224.

<sup>34</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 402.

<sup>35</sup> “Službeni list SFRJ”, br. 6/80, 36/90, “Službeni list SRJ”, br. 29/96, “Službeni glasnik RS”, br. 115/2005.

da “vlasnik može tužbom zahtevati od držaoca povraćaj individualno određene stvari (stav 1)”, da “vlasnik mora dokazati da na stvari čiji povraćaj traži ima pravo svojine, kao i da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog (stav 2)”, te da “pravo na podnošenje tužbe ... ne zastareva (stav 3)”. Kroz izlučno pravo ostvaruje se pravo sledovanja, kao jedno od osnovnih obeležja stvarnog prava<sup>36</sup>, što je posledica njegovog apsolutnog dejstva (*erga omnes*). “Pravo sledovanja se sastoji u tome što imalac stvarnog prava može ovo vršiti protiv svakog trećeg u čijim se rukama stvar nađe, bilo bespravno, bilo nekom pravnom osnovu (osim ako treći stvar drži po nekom jačem osnovu, odnosno ako na strani trećeg postoje naročite kvalifikatorne okolnosti).”<sup>37</sup>

Prema tome, izlučno pravo je stvarno pravo, tj. pravo svojine i ustanovljeno je u korist vlasnika stvari koje ne pripadaju dužniku, ali se nalaze kod dužnika po nekom dugom osnovu (zakup, lizing, posluga, ostava i sl) ili bez valjanog pravnog osnova. Sadržinu ovog prava predstavlja zahtev za izdvajanje (izlučenje) određene stvari iz stečajne mase: “Izlučna prava su prava na osnovu kojih njihovi titulari, traže izlučenje, izuzimanje određenih stvari iz državine stečajnog dužnika, jer nema na njima pravo vlasništva, čime se izdvajaju iz stečajne mase.”<sup>38</sup>

Izlučna prava ostaju na snazi kad god je stečaj otvoren, dakle i ako se stečajni postupak ne sprovedi, već se zaključuje bez odlaganja, zbog toga što je utvrđeno da se imovinom dužnika ne bi mogli pokriti ni troškovi stečajnog postupka ili zato što je njegova imovina neznatne vrednosti (ZS, čl. 13. st. 2). Takođe, kad se dužnik proda kao pravno lice i zbog toga dođe do obustave stečajnog postupka, izlučna prava koja su bila punovažna u trenutku otvaranja stečaja, ostaju na snazi.

U skladu sa postavkama pravne teorije sudska praksa je izlučno pravo okvalifikovala kao stvarno pravo, praveći jasnu razliku u odnosu na obligaciona prava. Po stanovištu prakse, prema odredbi člana 117. stav 1. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, otvaranje stečajnog postupka ne utiče na pravo na izdvajanja stvari koja ne pripadaju dužniku (izlučno pravo). Prema toj odredbi izlučno pravo je stvarno pravo, pa izlučni poverilac može postaviti samo stvarno-pravni, a ne i obligaciono-pravni zahtev.<sup>39</sup> Jedino izlučni poverioci mogu u prija-

---

<sup>36</sup> V. Kozar, N. Aleksić, nav. delo, str. 120.

<sup>37</sup> O. Stanković, M. Orlić, nav. delo, str. 3.

<sup>38</sup> Jovan Gucunja, *Pravno regulisanje dužničko-poverilačkih odnosa u slučaju prestanka organizacija udruženog rada*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Novi Sad, 1980, str. 386.

<sup>39</sup> Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 25/97 od 12.03.1997, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4452>, 26.08.2017.

vi tražiti predaju stvari koje ne pripadaju dužniku već njima, ali u tom slučaju radi se o stvarno-pravnom zahtevu a ne o obligaciono-pravnom potraživanju.<sup>40</sup>

Osnovno obeležje izlučnog prava, kao stvarnog prava, zadržano je i u važećem ZS: Izlučni poverilac je lice koje, na osnovu svog stvarnog ili ličnog prava, ima pravo da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase. Izlučni poverilac nije stečajni poverilac<sup>41</sup> i zato se izlučno pravo izlučnog poverioca utvrđuje i procenjuje prema pravilima, koje vrše za ostvarivanje tih prava izvan stečaja.<sup>42</sup> Zakonodavac je omogućio izlučnom poveriocu pravo na ostvarivanje izlučnog prava u drugim sudskim postupcima.<sup>43</sup> Stvar na koju se odnosi izlučno pravo ne ulazi u stečajnu masu.<sup>44</sup> Izlučni poverioci mogu svoje potraživanje ostvarivati u svim sudskim postupcima.<sup>45</sup> "Izlučni poverilac ostvaruje svoje pravo po opštim principima. Stečajni postupak ne proizvodi dejstva u pogledu izlučnih zahteva. Zbog toga, izlučni poverilac ostvaruje svoje pravo kao da stečaj nije otvoren."<sup>46</sup> Privilegovan položaj izlučnih poverilaca koji se ogleda u mogućnosti njihovog namirenja u svim sudskim postupcima, uključujući stečajni postupak, proizlazi iz specifične pravne prirode njihovih subjektivnih prava.<sup>47</sup>

Dakle, predmet izlučnog zahteva "je određena stvar ili pravo koje se u momentu otvaranja stečajnog postupka zateklo kod stečajnog dužnika. Ta stvar ili pravo ne pripada stečajnom dužniku, jer je njihov vlasnik izlučni poverilac, koji ima stvarnopravni zahtev da mu se oni vrate."<sup>48</sup>

Do sličnih zaključaka o pravu na izlučenje stvari iz stečajne mase kao stvarnom pravu i o pravnim posledicama njihovog neovlašćenog otuđenja, došla je i sudska praksa. Prema stavu prakse, "u situaciji kada se kod stečajnog dužnika ne nalaze stvari na koje izlučnim pravom pretenduje poverilac, tada se to njegovo

<sup>40</sup> Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda u Beogradu 6.10.1999, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4484>, 26.08.2017.

<sup>41</sup> ZS, čl. 50, st. 1 i 2

<sup>42</sup> Mihailo Velimirović, *Stečajno pravo*, Symbol, Novi Sad, 2004, str. 49.

<sup>43</sup> Mihailo Velimirović, *Prestanak organizacija udruženog rada*, Novi Sad, 1977, str. 196.

<sup>44</sup> ZS, čl. 50, st. 3

<sup>45</sup> ZS, čl. 80, st. 3

<sup>46</sup> Dara Milenović, "Izlučna i razlučna prava prema predlogu Zakona o stečaju", *Pravo i privreda*, br. 5-8/2004, str. 635.

<sup>47</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 426.

<sup>48</sup> Marijana Dukić Mijatović, Predrag Mirković, "Pregled zakonskih procedura stečajnih zakona u regionu u postupku ostvarivanja prava izlučnih i razlučnih poverilaca", *Pravnički dani*, (ur. M. Dukić Mijatović) Novi Sad, 2011, str. 95–123.

pravo ne može priznati niti utvrditi, jer se iz stečajne mase mogu izlučiti samo one stvari koje postoje i koje se nalaze u imovini stečajnog dužnika.”<sup>49</sup>

“Pravni osnov izlučnog prava je uglavnom stvarno pravnog karaktera, baziran na pravu svojine, ali ono pripada i prodavcu iz kupoprodajnog ugovora sa zadržavanjem prava svojine (*pactum reservati domini*), jer je dužnik stekao kupljenu stvar u državinu, ali ne i svojinu.”<sup>50</sup> Pravo svojine kupac stiže isplatom celokupnog iznosa kupoprodajne cene.<sup>51</sup> Međutim, i u ovom slučaju izlučni poverilac (prodavac) izlučni zahtev zasniva na pravu svojine, koje nije prešlo na kupca ako nije isplatio cenu u potpunosti.

Izlučenje se može tražiti i Publicijanskom tužbom<sup>52</sup> *Actio Publiciana* je tužba za povraćaj stvari koju podiže bivši uzukapioni držalac protiv sadašnjeg držaoca.<sup>53</sup> Za ovu tužbu važe svi uslovi kao kod *rei vindicatione* tužbe, s tim što se dokazuje umesto prava svojine jače pravo na državinu, pa se stvar dodeljuje onom držaocu sa jačim pravom na državinu.”<sup>54</sup> Dakle, tužilac se poziva na svoju državinu podobnu za redovan održaj, pri čemu mora dokazati da je državina zakonita dok se savesnost pretpostavlja te je ne mora dokazivati (tuženo tu zakonsku pretpostavku može obarati).<sup>55</sup>

#### PRAVA INDUSTRIJSKE SVOJINE I DRUGA LIČNA PRAVA KAO OSNOV IZLUČNOG ZAHTEVA

U pravnoj literaturi postoji shvatanje prema kome predmet izlučnog prava mogu biti stvari ili prava,<sup>56</sup> iako izlučno pravo najčešće postoji na stvarima.<sup>57</sup> Predmet izlučenja mogu biti različita imovinska prava, koja ne pripadaju stečajnom dužniku, ali koja on faktički eksploatiše, pa predmet izlučenja mogu biti i

---

<sup>49</sup> Iz presude Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 4333/02 od 14. oktobra 2002. godine, *Sudska praksa trgovinskih sudova*, br. 4, Beograd, 2002, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/18032>, 26.08.2017.

<sup>50</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 404.

<sup>51</sup> Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, čl. 540.

<sup>52</sup> ZOSPO, čl. 41.

<sup>53</sup> O. Stanković, M. Orlić, nav. delo, str. 210.

<sup>54</sup> Iz presude Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 2393/2016 od 28.09.2016, <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=publicijanska-tuzba>, 05.09.2019.

<sup>55</sup> O. Stanković, M. Orlić, nav. delo, str. 210.

<sup>56</sup> Mihajlo Dika, *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998, str. 29.

<sup>57</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 402.

prava industrijske svojine.<sup>58</sup> Stoga, kada su u pitanju lična prava iz čl. 50. st. 1. ZS, sledi zaključak da se izlučni zahtev odnosi na prava autorstva (autorsko pravo, pravo industrijske svojine – patent<sup>59</sup> i sl), iako prava autorstva nemaju za predmet “stvar” u fizičkom obliku, već određene intelektualne tvorevine. Npr. ugovorom o licenci moglo je da stečajnom dužniku bude ustupljeno pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, uz određenu naknadu.<sup>60</sup> Ovaj ugovor davalac licence može da raskine u slučaju stečaja sticaoca licence.<sup>61</sup> Sledstveno tome, davalac licence bi, pošto raskine ugovor o licenci zbog stečaja sticaoca licence, nekom vrstom izlučnog zahteva mogao da traži da stečajni dužnik prestane da koristi određeni pronalazak, žig, koji je iskorišćavao na osnovu toga ugovora, a u slučaju spora i da podnese izlučnu tužbu, koja bi sadržala kondemnatorni zahtev za negativnu činidbu – da se tuženi uzdrži od korišćenja određenog prava industrijske svojine, odnosno da se tuženom zabrani njegovo dalje korišćenje.

#### OBLIGACIONA PRAVA KAO OSNOV IZLUČNOG ZAHTEVA

Zakonska definicija pravni osnov izlučnog prava vezuje samo za stvarno ili lično pravo, dok pravna teorija proširuje pravnu prirodu, smatrajući da i obligaciona prava mogu predstavljati pravni osnov izlučnog prava. Dakle, teorijski pojam pravnog osnova izlučnog prava širi je od zakonskog.

Individualno određene stvari, tačnije njihova predaja, mogu biti predmet i obligacionih prava, odnosno potraživanja. Postavlja se pitanje da li se pravo izlučnog poverioca da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase zasniva isključivo na njegovom stvarnom pravu, ili to može biti i obligaciono pravo koje se odnosi na predaju individualno određene stvari, na kojoj stečajni dužnik nema pravo svojine. ZS to ne reguliše, pa se odgovor zavisi od tumačenja drugih propisa i načela građanskog prava.

U teoriji postoje mišljenja da su izlučni poverioci lica, kojima pripada neko stvarno ili obligaciono pravo, na osnovu kojega mogu zahtevati da se određene stvari, koje nisu sredstva dužnika, izdvoje iz stečajne mase.<sup>62</sup> U pravnoj literatu-

<sup>58</sup> Andrija Eraković, “Izlučna i razlučna prava u stečaju”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 24. br. 1, Rijeka, 2003, str. 641.

<sup>59</sup> D. Milenović, nav. delo, str. 180.

<sup>60</sup> ZOO, čl. 686.

<sup>61</sup> ZOO, čl. 711, st. 3.

<sup>62</sup> Vladimir Čolović, Nedeljko Milijević, *Stečajni postupak*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2004, str. 58.



ri takvi zahtevi se nazivaju “obligacionopravni (lični) zahtevi”.<sup>63</sup> Kao primer može se navesti zakupodavac, koji je stečajnom dužniku predao tuđu stvar u zakup, pa nakon otvaranja stečaja i prestanka zakupa ima pravo da traži vraćanje stvari na osnovu zaključenog ugovora o zakupu i odredaba obligacionog prava, dakle ima tražbeno, a ne stvarno pravo.<sup>64</sup>

Ako se pođe od pojma stečajne mase, kao imovine stečajnog dužnika koja služi namirenju poverilaca, sledi zaključak da bi iz stečajne mase trebalo da se izdvoje individualno određene stvari koje su mu predate u zakup, na čuvanje, skladištenje, opravku i sl., dakle na kojima stečajni dužnik nije stekao pravo svojine. Jer, prema čl. 101 ZS “stečajna masa je celokupna imovina stečajnog dužnika u zemlji i inostranstvu na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i imovina koju stečajni dužnik stekne tokom stečajnog postupka.” Pravna priroda prava izlučnog poverioca može uticati samo na aktivnu legitimaciju. Stoga, prihvatljivo je tumaćenje prema kome izlučni poverilac, ne mora biti vlasnik stvari (ili “određene robe”), čije izdvajanje traži iz stečajne mase, već to pravo pripada i zakupodavcu iz ugovora o zakupu<sup>65</sup>, ostavodavcu iz ugovora o ostavi<sup>66</sup> ili ugovora o uskladištenju<sup>67</sup>, naručiocu iz ugovora o delu, koji je na osnovu ugovora o delu predao neku stvar posleniku, npr. radi popravke i sl. Bitno je da druga ugovorna strana – stečajni dužnik (saugovarač izlučnog poverioca), nije postao vlasnik stvari. Stečajni dužnik postaje vlasnik novca ili drugih zamenljivih stvari, koje mu zajmodavac “pređa u svojinu” na osnovu ugovora o zajmu<sup>68</sup>, ugovora o depozitu (kojim “ban-ka stiče pravo da raspoláže deponovanim novcem”)<sup>69</sup>, ili drugog sličnog pravnog posla.

Stoga, ugovor na osnovu koga se stvar nalazi kod stečajnog dužnika, mora, po svojoj prirodi, biti takav, da se ne predstavlja osnov za prenos prava svojine na stvari koja se predaje, s jedne strane, dok izlučni poverilac ne mora biti vlasnik

---

<sup>63</sup> Vuk Radović, *Stečajno pravo – knjiga prva*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2017, str. 235.

<sup>64</sup> Zakupac je dužan čuvati zakupljenu stvar i po prestanku zakupa vratiti je neoštećenu (ZOO, čl. 585, st. 1). Takva situacija može nastati i kod podzakup.

<sup>65</sup> Obaveza zakupca da vrati stvar zakupodavcu zasniva se na ugovoru, a ne na stvarnom pravu zakupodavca, što znači da zakupodavac ne mora biti vlasnik da bi uspeo sa izlučnom tužbom protiv stečajnog dužnika. Obaveza zakupca je obligaciono-pravne prirode, a pravo zakupodavca da traži predaju stvari nije stvarno-pravne prirode. (ZOO, čl. 567, st. 1, čl. 585, st. 1).

<sup>66</sup> ZOO, čl. 712, st. 1.

<sup>67</sup> ZOO, čl. 730, st. 1.

<sup>68</sup> ZOO, čl. 557.

<sup>69</sup> ZOO, čl. 1035.

stvari<sup>70</sup> koju predaje, i koju nakon otvaranja stečajnog postupka potražuje, kao izlučni poverilac.

Zakupac ne mora biti vlasnik stvari koju daje u zakup, jer se ovim ugovorom ne prenosi pravo svojine, već pravo korišćenja stvari. U pravnoj teoriji se ističe da je pravo korišćenja, koje zakupcu daje neposrednu faktičku i pravnu vlast na stvari, po svojoj pravnoj prirodi, blisko stvarnim pravima (pravu plodouživanja i pravu upotrebe kao ličnim službenostima).<sup>71</sup> Jedna od osnovnih ugovornih obaveza zakupca je da po prestanku zakupa vrati zakupljenu stvar zakupodavcu.<sup>72</sup> To znači da u eventualnom sporu, zakupac ne može svoj prigovor nedostatka aktivne legitimacije uspešno zasnivati na činjenici da zakupodavac nije vlasnik zakupljene poslovne prostorije, jer njegova obaveza da po prestanku zakupa istu vrati drugoj ugovornoj strani proizilazi iz ugovora o zakupu, a ne iz prava svojine.<sup>73</sup> Pitanje vlasništva prostorije je stvar odnosa zakupodavca sa trećim licem - vlasnikom iste, sa kojim zakupac nije ugovornom odnosu.<sup>74</sup> Izloženo shvatanje je posledica je relativnog dejstva obligacionih ugovora.<sup>75</sup>

S druge strane, u ugovor o prodaji, koji jeste osnov za prenos prava svojine, ukoliko nije izvršen predajom stvari, ne predstavlja osnov za kupca da od tuženog prodavca - stečajnog dužnika, sa uspehom potražuje stvar izlučnom tužbom, bez obzira što je platio cenu pre otvaranja stečaja.

Otvaranje stečajnog postupka nad zakupcem ili drugim licem koje drži tuđu stvar, po osnovu nekog drugog pravnog posla koji nije osnov za prenos prava svo-

<sup>70</sup> ZOO, čl. 713, st. 1 omogućava da ugovor o ostavi punovažno zaključi "u svoje ime i lice koje nije sopstvenik stvari".

<sup>71</sup> O. Stanković, M. Orlić, nav. delo, str. 461.

<sup>72</sup> ZOO, čl. 585.

<sup>73</sup> Prema stavu sudske prakse, za aktivnu legitimaciju zakupodavca da otkáže ugovor o zakupu i tužbom traži iseljenje zakupca, bitno je da je tužilac kao zakupodavac zaključio ugovor o zakupu sa tuženim, te je zbog toga na osnovu tog ugovora on i legitimisan da otkazuje dalje korišćenje spornih poslovnih prostorija tuženom, a nije bitno da li je tužilac i vlasnik istih, jer se sporni odnos ima raspraviti kao obligacionopravni odnos, a ne kao stvarnopravni odnos za koji bi bilo relevantno da li je tužilac vlasnik spornih poslovnih prostorija (Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 328/99 od 3.11.1999, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5204>, 29.08.2019). Kada je ugovor o zakupu zaključen na neodređeno vreme, zakupodavac je ovlašćen da otkáže ugovor o zakupu (ZOO, čl. 597), pa za odluku o tužbenom zahtevu za iseljenje zakupca iz poslovne prostorije i aktivnu legitimaciju zakupodavca nisu od uticaja svojinska prava na poslovnom prostoru (Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 545/98 od 8.10.1997, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5183>, 29.08.2019).

<sup>74</sup> Vladimir Kozar, "Otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija", *Pravni život*, br. 10, vol. 45, Beograd, 1996, str. 459–476.

<sup>75</sup> Ugovor stvara prava i obaveze samo za ugovorne strane (ZOO, čl. 148 st. 1).

jine, ne menja ništa u pogledu aktivne legitimacije izlučnog poverioca “da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase”. Zato se formulacija iz čl. 50 ZS, koja izlučnog poverioca definiše kao “lice koje, na osnovu svog stvarnog ili ličnog prava, ima pravo da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase” mora tumačiti na način da izlučno pravo pripada i poveriocima iz navedenih obligacionih ugovora, i to kao “lično pravo” u širem smislu, dakle, kao obligaciono pravo koje deluje relativno – *inter partes*, u smislu čl. 148. st. 1. ZOO, uz obavezan uslov da stečajni dužnik nije na osnovu obligacionog ugovora stekao pravo svojine na stvari.

Stav da osnov za izlučno pravo nije isključivo stvarno pravo, već to mogu biti i obligaciona prava, pa i državina kao faktička vlast na stvari, zastupljen je i u pravnoj teoriji: “Izlučna prava imaju oni poverioci koji su na osnovu nekog svog prava na stvari, kao što je stvarno pravo (pravo svojine) ili obligaciono pravo (npr. pravo zakupa) ili na osnovu faktičke vlasti zasnovane na stvari (državine) ovlašćeni da traže izdvajanje stvari (nepokretne ili pokretne) koja ne pripada stečajnom dužniku.”<sup>76</sup> “Ako se izlučno pravo temelji na nekom obligacionom pravu, kao npr. pravu zakupa ili pravu zadržavanja (*ius retentionis*), kao i ako se izlučno pravo temelji na faktičkoj vlasti na stvari (državini) u kojem se slučaju podnosi državinska tužba za predaju stvari, važe ista pravila za podnošenje tužbe za predaju stvari u državinu, kao i za podnošenje svojinske tužbe.”<sup>77</sup> Ovo mišljenje ima u vidu pravo zakupca da od stečajnog dužnika izlučnom tužbom traži predaju stvari, koju ovaj drži po slabijem pravnom osnovu, ili bez valjanog pravnog osnova. Npr. stečajni dužnik je podzakupac, kome je zakupac predao stvar na upotrebu.<sup>78</sup> No u svakom slučaju, izlučni poverilac u navedenom primeru izlučno pravo ne zasniva na pravu svojine.

Pravni osnov izlučnog prava, pored prava svojine i stvarnih prava na tuđoj stvari (*iura in re aliena*), kao što je založno pravo na stvari koja se našla u državni stečajnog dužnika, koji nije vlasnik - zalagodavac, jesu i obligaciona prava koja daju ovlašćenje na predaju stvari (npr. iz ugovora o posluži, komisionu, prevozu, zakupu itd).<sup>79</sup> Prema mišljenju pravne teorije, kada osnov izlučnog prava proizlazi iz ugovornog odnosa, značajno je da ni stečajni dužnik, niti poverilac nisu vlasnici sporne stvari. Uslov za postojanje izlučnog prava je da poverilac ima pravo iz ugovora da zahteva predaju te stvari.<sup>80</sup> “To znači da je izlučno pravo, pravo nalagodavca da traži od nalogoprimeca, pravo poslugodavca da traži od posluogo-

---

<sup>76</sup> V. Dabetić Trogrlić, nav. delo.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> ZOO, čl. 586.

<sup>79</sup> D. Milenović, nav. delo, str. 180.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

primca, pravo deponenta da traži od depozitara, pravo pošiljaoca da traži od prevozioca, pravo komitenta da traži od komisionara, da im vrate stvari koje su ušle u stečajnu masu u momentu njenog formiranja. Pravni osnov za to je odgovarajući važeći ugovor.”<sup>81</sup>

“Izlučno pravo u slučaju stečaja pripada i poveriocu, koji je kao dužnik iz nekog pravnog posla predao svom poveriocu određenu stvar u zalogu, nakon čega je nastupio stečaj kod založnog poverioca, što se realizuje pod uslovom da je namiren dug za koji je zaloga bila sredstvo obezbeđenja.”<sup>82</sup> Poveriočeva obaveza vraćanja primljene stvari zalagodavcu, po prestanku obezbeđenog potraživanja, temelji se na obligacionom ugovoru o zalozi.<sup>83</sup>

Prihvatanje suprotnog stava, koje bi se zasnivao na uskom tumačenju odredbe iz čl. 50 ZS, dovodi do zaključka da izlučno pravo i aktivna legitimacija za izlučnu tužbu pripada isključivo vlasniku stvari, dakle licu koje ima pravo svojine na stvari, a ne i licima koje po odredbama obligaciono-pravnog ugovora imaju pravo da od svog saugovarača traže da im se individualno određena stvar preda – vrati. Takvo usko tumačenje dovelo bi do toga da npr. prevoznik ili špediter koji je skladištaru predao određene stvari na čuvanje, ne bi imao izlučno pravo u slučaju stečaja skladištara, već bi izlučnu tužbu morao da podnese vlasnik stvari (pošiljalac, nalogodavac, pod uslovom da su vlasnici stvari), bez o obzira na odredbu iz čl. 730 ZOO kojom je propisano da je skladištar u obavezi da individualno određenu stvar (“*određenu robu*”) čuva i preda je na zahtev ostavodavca ili drugog ovlašćenog lica.

## ZAKLJUČAK

Izlučni poverilac je lice koje, na osnovu svog stvarnog ili ličnog prava, ima pravo da traži da se određena stvar izdvoji iz stečajne mase, ali nije ovlašćen da podnese predlog za pokretanje stečajnog postupka, jer nema novčano potraživanje prema stečajnom dužniku, koje bi mu dalo svojstvo neobezbeđenog stečajnog ili obezbeđenog - razlučnog poverioca, a time i aktivnu legitimaciju.

Izlučni poverioci imaju pravo na namirenje kroz sve postupke, uključujući i parnični postupak, koji pokreću kondemnatornom tužbom sa zahtevom da se izdvoji iz stečajne mase i vrati individualno određena stvar.

Pravni osnov izlučnog zahteva je pravo svojine ili drugo stvarno pravo na individualno određenoj stvari, koji se u trenutku otvaranja stečaja nalazi kod ste-

<sup>81</sup> Mihailo Velimirović, *Stečajno pravo*, Symbol, Novi Sad, 2004, str. 50.

<sup>82</sup> M. Dukić Mijatović, V. Kozar, nav. delo, str. 404.

<sup>83</sup> ZOO, čl. 966.

čajnog dužnika (s tim što to može biti i stvar određena po rodu, koja se može individualizovati), ili pravo industrijske svojine (žig, patent), kao i obligaciono pravo - potraživanje koje se odnosi na predaju individualno određene stvari (npr. obaveza vraćanja stvari iz ugovora o zakupu, ostavi, uskladištenju, zalozi i sl), na kojoj stečajni dužnik nema pravo svojine.

Kada su u pitanju stvari određene po rodu, kao što je npr. novac na računu, novac dat na zajam, roba koju prodavac nije predao kupcu, i sl., na takvim stvarima ne može postojati pravo svojine poverioca, pa ni izlučno pravo, kao stvarno pravo, već samo obligaciono potraživanje, koje se namiruje srazmerno raspoloživim sredstvima u okviru trećeg isplatnog reda.

VLADIMIR VRHOVŠEK

Judge of the High Court in Belgrade

VLADIMIR KOZAR, PH.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University

Business Academy in Novi Sad

## SEPARATE RECOVERY LAWSUIT AGAINST THE BANKRUPTCY DEBTOR

### Summary

This study presents legislative provisions, the position of the case law, as well as the opinions of jurisprudence about the separate recovery lawsuit against a bankruptcy debtor. **After the explanation** of the terms of right to separate recovery and separate recovery lawsuit, the procedural legal position of a separate creditor is presented, including a problem of the right of action to initiate the bankruptcy proceedings. It is concluded that a separate creditor is not authorized to file a proposal for initiating the bankruptcy proceeding because the separate creditor does not have a monetary claim against the bankruptcy debtor, which would give him a capacity of the bankruptcy or secured creditor as well as the right of action (active legitimation). It is indicated that separated creditors have a right to settlement through all procedures including civil proceedings. It is pointed out that the separate creditors have a right to settle through all proceedings, including the civil proceeding which is initiated with the filing of the condemnatory lawsuit with a request to put aside and return a certain object from the bankruptcy estate. It is explained that the basis for the separate recovery claim is the right of ownership of the object which is located at the bankruptcy debtor at the time of the opening of the bankruptcy proceeding, or industrial property (trademark, patent), as well as a contract right which is applied to giving in the specific goods, of which the bankruptcy debtor has no ownership.

*Key words:* right to separate recovery, bankruptcy, lawsuit, creditor, debtor



ĐURO M. ĐURIĆ  
VLADIMIR JOVANOVIĆ

## PRAVNI OKVIRI PREVENTIVNOG RESTRUKTURIRANJA U EVROPSKOJ UNIJI

*Savet Evropske unije usvojio je 6. juna 2019. Direktivu br. 2019/1023 o okvirima za preventivno restrukturiranje, o otpuštanju duga i zabranama, i o merama za povećanje efikasnosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, stečaj i otpuštanje duga i dopuni Direktive EU br. 2017/1132 o restrukturiranju i stečaju. Kako se direktive ne primenjuju neposredno, države članice imaju rok od dve godine da primene ove odredbe i usklade domaće zakonodavstvo. Ova Direktiva zahteva od država članica da dužnicima obezbede jedan ili više jasnih i transparentnih pravnih postupaka za rano otkrivanje okolnosti koje vode verovatnoj nesposobnosti plaćanja i da ih podstaknu da postupaju bez odlaganja, zatim okvire preventivnog restrukturiranja dostupne dužnicima, radi prevazilaženja finansijskih teškoća u ranoj fazi, ako je moguće sprečavanje stečaja i obezbeđivanje održivosti poslovanja dužnika, kao postupke koji vode ka otpuštanju dugova preduzetnika u stečaju i mere za povećanje efikasnosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, stečaj i otpuštanje dugova. Republika Srbija kao zemlja kandidat za EU može, u periodu koji dolazi, očekivati novu reformu stečajnih propisa.*

*Ključne reči: Direktiva EU, pravni okviri, preventivno restrukturiranje, stečaj, otpuštanje duga*

---

Dr Đuro M. Đurić, docent Visoke škole strukovnih studija za ekonomiju i upravu, Beograd, profesor Instituta za evropsko pravo, Fakultet za pravne i ekonomske nauke, Univerzitet Zarlanda, Savezna Republika Nemačka, gostujući naučni saradnik.

Dr Vladimir M. Jovanović, vanredni profesor Fakulteta za ekonomiju i inženjerski menadžment, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu.

## U V O D

Nakon nešto više od dve godine od podnošenja predloga, nakon postupka u Parlamentu Evropske unije, Savet EU usvojio je 6. juna 2019. godine Direktivu br. 2019/1023 o okvirima za preventivno restrukturiranje, o otpuštanju duga i zabranama, i o merama za povećanje efikasnosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, stečaj i otpuštanje duga i dopuni Direktive EU br. 2017/1132 o restrukturiranju i stečaju (skraćeno: Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja)<sup>1</sup>. Direktiva je stupila na snagu 20 dana po objavljivanju u službenom glasilu Evropske unije. Novi propisi predstavljaju dopunu Uredbe Saveta i Parlamenta Evropske unije br. 848/ 2015 o stečajnim postupcima<sup>2</sup>. Budući da je Republika Srbija država kandidat za članstvo u Evropskoj uniji, može se očekivati nova reforma stečajnih propisa u periodu koji sledi, a kojom bi se u srpsko stečajno zakonodavstvo uveli postupci preventivnog restrukturiranja poslovanja.

Nadležnosti organa Evropske unije u ovoj pravnoj oblasti zasnivaju se na odredbama Drugog poglavlja Četvrtog dela, i to člana 60. stav 1. (ranije čl. 53. TEC) i čl. 114. (ranije čl. 95. TEC) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (TFEU)<sup>3</sup>. One propisuju da će države članice Evropske unije nastojati da liberalizuju usluge u većem obimu nego što to zahtevaju direktive donete na osnovu člana 59. stav 1. ako im njihovo opšte privredno stanje i stanje u konkretnom privrednom sektoru to dozvoljavaju, a u tu svrhu Komisija daje preporuke zainteresovanim državama članicama. Odredbe čl. 114. st. 1. (ranije čl. 95. TEC) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije propisuju da će Parlament i Savet Evropske unije, osim ako je Ugovorima drukčije predviđeno, odredbe primenjivati za ostvarivanje ciljeva određenih člankom 26, odlučujući u skladu s redovnim zakonodav-

<sup>1</sup> Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, (Directive on restructuring and insolvency) (Text with EEA relevance.) PE/93/2018/REV/1, OJ L 172, 26.6.2019, p. 18–55, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L1023>, 24.08.2019.

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141, 5.6.2015, p. 19–72, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>, 24.08.2019.

<sup>3</sup> Član 60. stav 1. i 114 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocols – Annexes – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, *Official Journal C 326*, 26/10/2012, P. 0001–0390, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> 24.08.2019.



nim postupkom i nakon savetovanja s Ekonomskim i socijalnim savetom, usvajati mere za usklađivanje odredaba zakona ili drugih propisa u državama članicama, čiji je cilj uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Ako država članica smatra da treba zadržati nacionalne odredbe zbog važnih razloga ili u vezi sa zaštitom životne ili radne sredine, ona o tim odredbama i o razlozima njihovog zadržavanja obaveštava Komisiju EU<sup>4</sup>.

#### CILJEVI I OBLAST PRIMENE DIREKTIVE

Kao ciljeve usvajanja Direktive o okvirima za preventivno restrukturiranje zakonodavac Evropske unije utvrdio je doprinos pravilnom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta i uklanjanje prepreka za ostvarivanje osnovnih sloboda, kao što su slobodno kretanje kapitala i sloboda poslovnog nastanjanja, koje proizlaze iz razlika u nacionalnim pravima i postupcima koji se odnose na preventivno restrukturiranje, nesposobnost za plaćanje, otpuštanje duga i zabrane. Direktiva br. 2019/1023, pritom ne dovodi u pitanje osnovna prava i slobode radnika, a nastoji da ukloni navedene prepreke obezbeđivanjem: 1) da održiva preduzeća i preduzetnici u finansijskim teškoćama imaju pristup efikasnim nacionalnim okvirima za preventivno restrukturiranje, koji bi im omogućili nastavak rada; 2) da poštene preduzetnici koji su nesposobni za plaćanje ili prezaduženi mogu iskoristiti potpuno otpuštanje duga nakon razumnog perioda, čime im se omogućuje druga prilika; i 3) da se poboljša efikasnost postupaka koji se odnose na restrukturiranje, stečaj i otpuštanje duga, posebno u pogledu njihovog kraćeg trajanja<sup>5</sup>.

Države-članice mogu iz primene ove Direktive isključiti postupke koji se odnose na dužnike koji su finansijski subjekti različiti od onih pružaju finansijske usluge koje podležu posebnim aranžmanima u skladu s kojima nacionalna nadzorna ili sanaciona tela imaju široka ovlašćenja intervencije, uporediva s ovlašćenjima utvrđenim u pravu Unije i nacionalnom pravu u odnosu na finansijske subjekte. osim toga, države-članice mogu proširiti primenu postupaka otpuštanja

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, čl. 114. st. 4 (ranije čl. 95. TEC).

<sup>5</sup> Ova Direktiva se ne primenjuje na postupke koji se odnose na dužnike koji su društva za osiguranje i reosiguranje na investiciona društva i učesnike na finansijskom tržištu, centralne registre hartija od vrednosti i ostale finansijske institucije i subjekte, javna tela definisana nacionalnim pravom i fizička lica koja nisu preduzetnici. Na subjekte osiguranja i učesnike na finansijskom tržištu primenjuje se Direktiva 2013/36/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 26. juna 2013. o pristupu delatnosti kreditnih ustanova i nadzoru nad bonitetom kreditnih ustanova i investicionih društava, izmeni Direktive 2002/87/EZ i stavljanju van snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ, *OJ L 176*, 27.6.2013, p. 338–436, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0036>, 24.08.2019.

duga na fizička lica koja nisu preduzetnici<sup>6</sup> i ograničiti primenu okvira za preventivno restrukturiranje na pravna lica. Takođe, iz primene se mogu isključiti ili izostaviti određene vrste potraživanja. Na primer, takva potraživanja su: a) postojeća i buduća potraživanja sadašnjih ili bivših zaposlenih kod dužnika, b) potraživanja za izdržavanje koje proizlaze iz porodičnog odnosa, roditeljstva, braka ili tazbinskog srodstva i v) potraživanja koje proizlaze iz deliktne odgovornosti dužnika. Međutim, okviri za preventivno restrukturiranje ne mogu imati dejstvo na stećena prava na profesionalnu penziju.

#### PRISTUP OKVIRIMA PREVENTIVNOG RESTRUKTURIRANJA

Države članice EU imaju obavezu da u periodu od 2019. do 2021. godine obezbede dužnicima pristup jednom ili većem broju jasnih i transparentnih instrumenata za rano upozoravanje<sup>7</sup>, a kojima se mogu utvrditi okolnosti koje bi mogle voditi pretećoj nesposobnosti plaćanja i kojima se može ukazati da je potrebno postupati bez odlaganja. U tu svrhu države mogu koristiti najnovije informacione tehnologije za obaveštavanje i komunikaciju.

Među instrumente za rano upozoravanje mogu se svrstati: a) mehanizmi za upozoravanje kada dužnik ne izvrši određene vrste plaćanja, b) usluge savetovanja koje pružaju javne ili privatne organizacije i v) podsticaji u skladu s nacionalnim pravom za treća lica s relevantnim informacijama o dužniku, kao što su računovođe, poreski organi i organizacije nadležne za socijalno osiguranje, kako bi se dužnik upozorio kada se uoče negativna kretanja<sup>8</sup>. Takođe, dužnicima i predstavnicima zaposlenih je potrebno obezbediti pristup relevantnim i ažuriranim informacijama o dostupnosti instrumenata za rano upozoravanje, kao i postupaka i mera koji se odnose na restrukturiranje i otpuštanje duga. Pored toga, države članice EU imaju obavezu da informacije o pristupu instrumentima za rano upozoravanje stave na raspolaganje javnosti na internetu i da one budu, posebno za mala i srednja preduzeća, lako dostupne i predstavljene na način prilagođen korisnicima. Najzad, države mogu pružiti podršku predstavnicima zaposlenih pri proceni ekonomskog stanja dužnika.

<sup>6</sup> *Ibidem*, čl. 2. st. 1. tač. 9, Direktiva preduzetnikom smatra svako fizičko lice koja obavlja trgovinsku, poslovnu, zanatsku ili profesionalnu delatnost.

<sup>7</sup> Đuro Đurić, Sanaciona reorganizacija društava kapitala u stečaju, Uporedna studija nemačkog, francuskog i srpskog prava, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dr Mirko Vasiljević, 2016, str. 364–367.

<sup>8</sup> Tač. 22. i 70 Preambule Direktive o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023, PE/93/2018/REV/1, OJ L 172, 26.6.2019, str. 18–55, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CEL\\_EX:32019L1023](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CEL_EX:32019L1023), 24.08.2019.

Ako dužnicima pretili nesposobnost plaćanja, Direktiva br. 2019/1023 nalaže državama članicama da im obezbede pristup okviru za preventivno restrukturiranje kojim im se omogućuje restrukturiranje s ciljem sprečavanja nesposobnosti plaćanja i obezbeđenja njihove održivosti, ne dovodeći u pitanje druga rešenja za izbegavanje nesposobnosti plaćanja, čime bi se zaštitila radna mesta i očuvala poslovna delatnost<sup>9</sup>. Restrukturiranje podrazumeva mere usmerene na restrukturiranje poslovanja dužnika koje uključuju promenu sastava, uslova ili strukture imovine i obaveza dužnika ili bilo kojeg drugog dela strukture kapitala dužnika poput prodaje imovine ili delova poslovanja i, ako je tako predviđeno nacionalnim pravom, prodaje poslovanja kao društva koje trajno posluje, kao i sve potrebne operativne promene ili kombinaciju tih elemenata<sup>10</sup>.

Dužnicima osuđenim za teška kršenja računovodstvenih ili knjigovodstvenih obaveza prema nacionalnom pravu države članice mogu dozvoliti pristup okviru za preventivno restrukturiranje samo ako su ti dužnici preduzeli primerene mere za ispravljanje postupaka koji su doveli do takve osude, a mogu zadržati ili uvesti zahtev da se ispita održivost poslovanja u okviru nacionalnog prava, s ciljem isključenja onih dužnika kod kojih održivost nije izgledna odnosno može ići na štetu imovini dužnika. Najzad, Direktiva dozvoljava i da se ograniči broja puta koliko dužnik u određenom periodu može pristupiti okviru za preventivno restrukturiranje.

Sam okvir za preventivno restrukturiranje koji je predviđen ovom Direktivom može se sastojati od jednog ili više postupaka, mera ili odredaba, od kojih se neki mogu odvijati van suda, ne dovodeći u pitanje druge okvire za restrukturiranje u skladu s nacionalnim pravom<sup>11</sup>. Države članice su ovlašćene da uvedu ograničenja učešća suda ili upravnog organa u postupku za preventivno restrukturiranje na slučajeve u kojima je to potrebno i srazmerno, obezbeđujući pritom očuvanje prava svake pogođene stranke i relevantnih zainteresovanih lica.

Načelno, postupci preventivnog restrukturiranja poslovanja dužnika pokreću se na zahtev dužnika<sup>12</sup>. Ipak, Direktiva br. 2019/1023 ostavlja mogućnost da se postupak za preventivno restrukturiranje može pokrenuti i na zahtev poverilaca i predstavnika zaposlenih, uz saglasnost dužnika, kao i da se zahtev dobijanja saglasnosti dužnika ograniči na slučajeve u kojima su oni mala i srednja preduzeća.

Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 obavezuje države članice EU da okviri za preventivno restrukturiranje zadrže određene

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, tač. 23. i 85.

<sup>10</sup> *Ibidem*, čl. 2. st. 1. tač. 1.

<sup>11</sup> Đ. Đurić, *idem*, str. 141–142.

<sup>12</sup> Čl. 4. st. 7, Direktive o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023.

posebnosti. To su: 1) zadržavanje prava i ovlašćenja dužnika, 2) zastoj pojedinačnih radnji izvršenja, 3) sadržaj plana restrukturiranja, njegovo usvajanje i dejstvo, 4) mehanizam nametanja plana nesaglasnim poveriocima, 5) zaštita novog finansiranja i privremenog finansiranja i 6) dužnosti direktora.

Pored toga, Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 predviđa obavezu da se članovi sudova i upravnih organa, koji se bave postupcima koji se odnose na restrukturiranje, stečaj i otpuštanje duga dobiju odgovarajuće osposobljavanje i raspolažu potrebnim stručnim znanjem za obavljanje svojih dužnosti i da se takvi postupci rešavaju na efikasan način s ciljem obezbeđenja brzog postupanja u postupcima. Takođe, uslovi za izbor i postupak imenovanja, razrešenja i davanja ostavke upravnika moraju biti jasni, transparentni i pošteti. Propisano je da se u državama članicama uspostave odgovarajući mehanizmi nadzora i regulatorne mehanizme kako bi se garantovao efikasan nadzor rada upravnika, kako bi se obezbedilo da se njihove usluge pružaju na efikasan način i kompetentno, kao i nepristrano i nezavisno u odnosu na uključene strane.

#### *Dužnik sa zadržanim ovlašćenjima*

Dužnici koji koriste postupke preventivnog restrukturiranja treba i dalje, u potpunosti ili barem delimično, da upravljaju svojom imovinom i svakodnevnom poslovanjem preduzeća. Ako je to potrebno, sud ili upravni organ donosi odluku o imenovanju upravnika restrukturiranja posebno za svaki slučaj (*ad hoc*), osim u određenim okolnostima kada se može zahtevati obavezno imenovanje takvog upravnika u svakom slučaju. Imenovanje upravnika restrukturiranja predviđeno je kako bi se dužnicima i poveriocima pomoglo u pregovorima o planu i njegovoj izradi bar u sledećim slučajevima: a) kada je sud ili upravni organ odobrio opšti zastoj pojedinačnih radnji izvršenja i ako odluči da je takav upravnik potreban radi zaštite interesa stranaka, b) kada sud ili upravni organ treba da potvrdi plan restrukturiranja putem nadglasavanja među klasama poverilaca ili v) kada to traži dužnik ili većina poverilaca pod uslovom da u tom slučaju troškove upravnika snose poverioci.

#### *Zastoj pojedinačnih radnji izvršenja*

Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 predviđa mogućnost da dužnici iskoriste zastoj pojedinačnih radnji izvršenja kako bi se time podržali pregovori o planu restrukturiranja u postupku preventivnog re-

strukturiranja<sup>13</sup>. Države članice mogu propisati da sud ili upravni organ može odbiti odobrenje zastoja pojedinačnih radnji izvršenja ako takav zastoj nije potreban ili ako se njime ne bi ispunio cilj preventivnog restrukturiranja.

Zastoj pojedinačnih radnji izvršenja može obuhvatiti sve vrste potraživanja, uključujući obezbeđena potraživanja i privilegovana potraživanja. Takođe, on može biti opšti, tako da su njime obuhvaćeni svi poverioci, ili može biti ograničen, tako da su njime obuhvaćeni jedan ili više pojedinačnih poverilaca ili klasa poverilaca. Ako je zastoj ograničen, zastoj se primenjuje samo na poverioce koji su u skladu s nacionalnim pravom obavešteni o pregovorima o planu restrukturiranja ili zastoju.

Isključenje određenih potraživanja ili klasa potraživanja iz primene zastoja pojedinačnih radnji izvršenja, moguće je ako je to opravdano i ako nije izgledno da će se izvršenjem ugroziti restrukturiranje poslovanja odnosno ako bi se zastojem nepravedno nanela šteta poveriocima tih potraživanja. Isključenje potraživanja iz zastoja pojedinačnih radnji izvršenja načelno se ne primenjuje na potraživanja zaposlenih. Ipak, isključenje je moguće primeniti na njih ako, i u meri u kojoj, države članice obezbeđuju da je njihovo namirenje garantovano okvirima za preventivno restrukturiranje na sličnom nivou zaštite.

Trajanje zastoja pojedinačnih radnji izvršenja ograničeno je na rok od najviše četiri meseca, uz mogućnost produženja na osnovu odluke suda ili upravnog organa ili odobrenja novog zastoja na zahtev dužnika, poverilaca ili, ako je primenjivo, upravnika restrukturiranja. Takvo produženje ili novi zastoj pojedinačnih radnji izvršenja odobrava se samo ako tačno određene okolnosti pokazuju da su produženje ili novi zastoj opravdani<sup>14</sup>. Međutim, ukupno trajanje zastoja pojedinačnih radnji izvršenja, uključujući produženja i nove zastoje, ne može trajati duže od dvanaest meseci<sup>15</sup>. Moguće je predvideti i minimalni rok, ne duži od četiri meseca, tokom kojeg se zastoj pojedinačnih radnji izvršenja ne može ukinuti.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, čl. 6. st. 1.

<sup>14</sup> “Na primer to se čini kada je postignut relevantni napredak u pregovorima o planu restrukturiranja, ako se nastavkom zastoja pojedinačnih radnji izvršenja nepravedno ne nanosi šteta pravima ili interesima bilo koje pogođene strane ili ako stečajni postupci koji bi vodili likvidaciji dužnika u skladu s nacionalnim pravom još nisu pokrenuti u odnosu na njegovu imovinu.” *Ibidem*, čl. 6. st. 7.

<sup>15</sup> “Ako države članice odluče da ovu Direktivu sprovede putem jednog ili više postupaka ili mera kojima se ne ispunjavaju uslovi za obaveštavanje u skladu s Prilogom A Uredbi (EU) 2015/848, ukupno trajanje zastoja u skladu s takvim postupcima ograničeno je na najviše četiri meseca ako je središte glavnih interesa dužnika premešteno iz druge države članice u periodu od tri meseca pre podnošenja zahteva za pokretanje postupka preventivnog restrukturiranja.” *Ibidem*, čl. 6. st. 7. podst. 2.

Sud ili upravni organ može ukinuti zastoj pojedinačnih radnji izvršenja u sledećim slučajevima: a) zastoj više ne ispunjava cilj podrške pregovorima o planu restrukturiranja (ako postane očigledno da deo poverilaca koji bi prema nacionalnom pravu mogli sprečiti donošenje plana restrukturiranja ne podržava nastavak pregovora); b) na zahtev dužnika ili upravnika restrukturiranja; v) ako je tako predviđeno nacionalnim pravom, ako je jednom ili više poverilaca ili jednoj ili više klasa poverilaca nepravedno nanese šteta ili bi bila nepravedno nanese šteta zastojem pojedinačnih radnji izvršenja; ili d) ako je tako predviđeno nacionalnim pravom, ako zastoj može dovesti do stečaja poverilaca.

Određivanjem zastoja nastupaju određene posledice po prava i obaveze dužnika i drugih lica. Najpre, odlaže se obaveza dužnika, da u skladu s nacionalnim pravom, podnese zahtev za pokretanje stečajnog postupka koji bi mogao dovesti do njegove likvidacije. Ipak, države članice mogu odstupiti od pravila u situacijama kada dužnik nije u mogućnosti da otplati svoje dugove o dospelosti.

Poverioci na koje se zastoj primenjuje ne mogu zadržati izvršenje niti raskinuti, ubrzati ili na bilo koji drugi način menjati osnovne izvršive ugovore na štetu dužnika, za dugove koji su nastali pre zastoja, isključivo zbog toga što ih dužnik nije platio. Osnovni izvršivi ugovori su izvršivi ugovori koji su potrebni kako bi se nastavilo svakodnevno poslovanje, uključujući ugovore koji se odnose na snabdevanje, a čija bi suspenzija dovela do zastoja u aktivnostima dužnika. Takođe, poveriocima nije dozvoljeno ugovaranje klauzule kojom se predviđaju takve mere, isključivo zbog: a) zahteva za pokretanje postupka preventivnog restrukturiranja, b) zahteva za zastoj pojedinačnih radnji izvršenja, v) pokretanja postupka preventivnog restrukturiranja; ili d) odobrenja zastoja pojedinačnih radnji izvršenja kao takvog.

Protek roka zastoja pojedinačnih radnji izvršenja bez donošenja plana restrukturiranja sam po sebi ne dovodi do pokretanja stečajnog postupka koji bi vodio likvidaciji dužnika, osim ako su ispunjeni ostali uslovi utvrđeni nacionalnim pravom za takav postupak.

### *Plan restrukturiranja*

Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 utvrđuje minimalni sadržaj plana restrukturiranja koji je podnet na usvajanje ili na potvrdu sudu ili upravnom organu. Plan mora da sadrži podatke: a) o identitetu dužnika, b) o imovini i obavezama dužnika u trenutku podnošenja plana restrukturiranja, vrednost imovine, opis ekonomske situacije dužnika i položaja zaposlenih, kao i opis razloga i obim teškoća dužnika, v) strane obuhvaćene planom, kao i njihova potraživanja ili interese obuhvaćene planom restrukturiranja; g) ako je

primenjivo, klase u koje su grupisane obuhvaćene strane i odgovarajuće vrednosti potraživanja i interesa u svakoj klasi, d) ako je primenjivo, strane koje nisu obuhvaćene planom restrukturiranja, zajedno s opisom razloga zašto nisu obuhvaćene, đ) ako je primenjivo, identitet upravnika u oblasti restrukturiranja i e) uslove plana restrukturiranja, posebno sve predložene mere restrukturiranja; predloženo trajanje svih predloženih mera restrukturiranja; aranžmane u pogledu obaveštavanja predstavnika zaposlenih i savetovanja s njima u skladu s pravom Unije i nacionalnim pravom; opšte posledice u pogledu zapošljavanja; procenjene finansijske tokove dužnika; bilo koje novo finansiranje koje se očekuje kao deo plana restrukturiranja i razlog zbog kojih je novo finansiranje potrebno, ž) obrazloženje kojim se navodi zašto plan restrukturiranja ima razumne izgleda za sprečavanje nesposobnosti za plaćanje dužnika i osiguravanje održivosti poslovanja, uključujući potrebne preduslove uspeha plana. Države članice mogu zahtevati da to obrazloženje izradi ili overi spoljni stručnjak ili upravnik u oblasti restrukturiranja, ako je takav upravnik imenovan<sup>16</sup>.

Sveobuhvatni kontrolni popis za planove restrukturiranja, prilagođenih potrebama malih i srednjih preduzeća mora biti stavljen na raspolaganje na internetu. On uključuje praktične smernice o tome kako se sastavljaju planovi restrukturiranja u skladu s nacionalnim pravom.

Nezavisno o toga koje lice podnosi zahtev za postupak preventivnog restrukturiranja, dužnici imaju pravo podnošenja planova restrukturiranja na usvajanje obuhvaćenim stranama. Isto pravo pod određenim uslovima imaju poverioci i upravnici restrukturiranja, a sve strane obuhvaćene planom restrukturiranja treba da imaju pravo glasa prilikom donošenja plana<sup>17</sup>. To pak ne važi za strane koje nisu obuhvaćene planom. Direktiva dozvoljava isključenje iz prava na glasanje imalaca udela, poverilaca čija se potraživanja namiruju nakon potraživanja uobičajenih neobezbeđenih poverilaca pri uobičajenom rangiranju likvidacionih prioriteta i svih strana povezanih s dužnikom ili poslovanjem dužnika koje su u sukobu interesa u skladu s nacionalnim pravom.

Strane obuhvaćene planom moraju se svrstati u posebne klase, koje odražavaju dovoljno zajedničkog interesa na osnovu proverljivih kriterijuma, u skladu s nacionalnim pravom<sup>18</sup>. Kao minimum, poverioci obezbeđenih i neobezbeđenih potraživanja moraju biti u zasebnim klasama u svrhu donošenja plana restruktu-

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, čl. 8. st. 1. tač. h.

<sup>17</sup> Đ. Đurić, *ibidem*, str. 370–375.

<sup>18</sup> Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 predviđa da je moguće propisati da dužnici koji su mala i srednja preduzeća mogu odlučiti da se obuhvaćene strane ne svrstavaju u zasebne klase. Čl. 9. st. 4. podst. 3.

riranja, a posebno moraju biti zaštićeni ranjivi poverioci, poput malih dobavljača. Kada se podnosi zahtev za potvrdu plana restrukturiranja sud ili upravni organ mora da vrši nadzor nad korišćenjem prava glasa i formiranjem klasa. Osim toga, moguće je zahtevati da sud ili upravni organ ispita i potvrdi prava glasa i formiranja klasa u ranijoj fazi (pre potvrđivanja plana).

Plan usvajaju strane obuhvaćene planom restrukturiranja tako što se u svakoj klasi postigne većina u iznosu njihovih potraživanja ili interesa, ali je moguće zahtevati da se u svakoj klasi obezbedi većina u odnosu na broj obuhvaćenih strana. Države članice utvrđuju koja je većina potrebna za donošenje plana restrukturiranja. Ta većina ne sme prelaziti 75% iznosa potraživanja ili interesa u svakoj klasi ili, ako je primenjivo, broja obuhvaćenih strana u svakoj klasi<sup>19</sup>.

Određeni planovi restrukturiranja su obavezujući za strane samo ako ih potvrdi sud ili upravni organ. To su planovi restrukturiranja koji utiču na potraživanja ili interese nesaglasnih obuhvaćenih strana, planovi restrukturiranja kojima se predviđa novo finansiranje i planovi restrukturiranja koji podrazumevaju gubitak radne snage u iznosu većem od 25% (ako je takav gubitak dozvoljen u skladu s nacionalnim pravom).

Sud ili upravni organ može potvrditi plan restrukturiranja samo ako je jasno određen i pod uslovom da: a) pravo podnošenja plana imaju dužnik, poverioci i upravnik restrukturiranja, b) prema poveriocima s dovoljnim zajedničkim interesom u istoj klasi postupa se jednako i na način koji je srazmeran njihovim potraživanjima; v) sve obuhvaćene strane obavestene su o planu restrukturiranja u skladu s nacionalnim pravom; g) u slučaju nesaglasnih poverilaca, plan restrukturiranja zadovoljava test najboljeg interesa poverilaca, d) ako je primenjivo, uključuje svako novo finansiranje potrebno za sprovođenje plana restrukturiranja, a njime se nepravedno ne nanosi šteta interesima poverilaca. Sud ili upravni organ može uskratiti potvrdu plana restrukturiranja ako taj plan ne bi imao razumne izgleda za sprečavanje stečaja dužnika ili obezbeđivanje održivosti poslovanja. Kada je potrebna potvrda suda ili upravnog organa da bi plan restrukturiranja postao obavezujući, odluka mora biti doneta efiksano s ciljem obezbeđivanja brzog postupanja u predmetu.

### *Nametanje plana nesaglasnim poveriocima*

Plan restrukturiranja može biti nametnut nesaglasnim klasama poverilaca, čak i kada nije dobio potrebnu većinu glasova u svakoj klasi. To se postiže tzv.

<sup>19</sup> *Ibidem*, čl. 9. st. 7. Nezavisno od toga, države članice mogu predvideti mogućnost usvajanja plana restrukturiranja postizanjem sporazuma o potrebnoj većini.



mehanizmom *cross-class cram-down*. Sud ili upravni organ na predlog dužnika ili uz saglasnost dužnika može potvrditi takav plan i on postaje obavezujući za nesaglasne klase poverilaca. Direktiva ostavlja državama članicama mogućnost da izaberu između zahteva apsolutne i relativne većine. Tako, princip apsolutne većine zahteva da većina klasa obuhvaćenih strana glasaju za plan, a bar jedna od njih bude klasa obezbeđenih poverilaca ili nadređena u odnosu ostale ili da bar jedna od klasa obuhvaćenih strana koje glasaju ili ugrožene strane, a nisu klasa imalaca udela ili neka druga klasa koja planu restrukturiranja ne bi primila nikakvu uplatu niti zadržala ikakav interes. Direktiva dozvoljava odstupanja kada je to neophodno radi postizanja cilja plana restrukturiranja i kada plan restrukturiranja ne nanosi neopravdanu štetu pravima ili interesima obuhvaćenih strana. Ako se države članice opredele za princip relativne većine, onda će plan restrukturiranja biti obavezan za nesaglasne klasu poverilaca ako je sa nesaglasnom klasom obuhvaćenih poverilaca koji glasaju postupano jednako povoljno kao i sa bilo kojom drugom klasom koja je jednako rangirana i povoljnije u odnosu na bilo koju njoj podređenu klasu<sup>20</sup>.

Imaocima udela nije dozvoljeno da neopravdano sprečavaju ili otežavaju donošenje, potvrdu i sprovođenje plana restrukturiranja. Kada su u pitanju zaposleni, postupak za preventivno restrukturiranje ne može da utiče na pojedinačna i kolektivna prava zaposlenih na osnovu radnog prava EU i nacionalnog radnog prava. Ako plan restrukturiranja sadrži mere koje dovode do promena u organizaciji rada ili ugovornim odnosima s zaposlenima, te mere moraju da odobre zaposleni na koje se odnose, ako je takvo odobrenje u tim slučajevima predviđeno nacionalnim pravom ili kolektivnim ugovorima.

Sud ili upravni organ ceniće poslovanje dužnika samo ako nesaglasna strana obuhvaćena planom restrukturiranja osporava plan: a) jer nije zadovoljen test najboljeg interesa poverilaca ili je b) došlo do povrede uslova za glasanje po klasama. Za potrebe donošenja odluke o proceni poslovanja dužnika može imenovati ili saslušati propisno kvalifikovane stručnjake. Nesaglasna strana obuhvaćena planom može osporiti plan restrukturiranja pred sudom ili upravnim organom u postupku potvrde ili po žalbi na odluku o potvrdi.

Plan restrukturiranja koji potvrdi sud ili upravni organ je obavezujući za sve njime obuhvaćene strane. Poverioci koji nisu uključeni u donošenje plana restrukturiranja u skladu s nacionalnim pravom ne mogu biti obuhvaćeni tim planom. Žalbe predviđena nacionalnim pravom na odluku o potvrdi ili odbijanju

---

<sup>20</sup> Anne Mennens, "Puzzling Priorities: Harmonisation of European Preventive Restructuring Frameworks", [www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/03/puzzling-priorities-harmonisation-european-preventive-restructuring](http://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/03/puzzling-priorities-harmonisation-european-preventive-restructuring), 24.08.2019.

plana restrukturiranja, moraju biti podnete višoj sudskoj instanci, koja je dužan da rešava efikasno s ciljem obezbeđenja brzog postupanja. Pritome, žalba nema suspenzivno dejstvo na sprovođenje tog plana, osim ako je to potrebno i primerno radi zaštite interesa određene strane.

*Zaštita novog finansiranja, privremenog finansiranja  
i drugih transakcija povezanih s restrukturiranjem*

Novo finansiranje i privremeno finansiranje dužnika u postupku preventivnog restrukturiranja moraju biti zaštićeni na odgovarajući način. Direktiva o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 utvrđuje kao minimalan stepen zaštite u slučaju svake sledeće nesposobnosti plaćanja dužnika da: a) novo finansiranje i privremeno finansiranje se ne proglašavaju ništavima, pobojnima ili neizvršivima; i b) da davaoci takvog finansiranja nemaju građanskopravnu, administrativnu ili krivičnu odgovornost, zbog toga što takvo finansiranje štetno utiče na poverioce, osim ako postoje drugi dodatni razlozi utvrđeni nacionalnim pravom. Ovo pravilo se primenjuje na novo finansiranje samo ako je plan restrukturiranja potvrdio sud ili upravni organ i na privremeno finansiranje koje je bilo predmet prethodne kontrole.

Kada su u pitanju druge transakcije koje su opravdane i hitno potrebne za pregovore o planu restrukturiranja, one se ne proglašavaju ništavim, pobojnim ili neizvršivim zbog toga što takve transakcije štetno utiču na poverioce, osim ako postoje drugi dodatni razlozi utvrđeni nacionalnim pravom.

*Dužnosti direktora*

Ako dužniku pretila nesposobnost plaćanja, direktori su u obavezi da uzmu u obzir bar sledeće: a) interese poverilaca, imalaca udela i drugih vlasnika kapitala, b) potrebu da se preduzmu koraci za izbegavanje stečaja; i v) potrebu za izbegavanje namernih radnji ili radnji iz krajnje nepažnje kojima se ugrožava održivost poslovanja.

REAKCIJE NA USVAJANJE DIREKTIVE

Prve reakcije na predlog teksta i usvajanje Direktive br. 2019/1023 o okvirima preventivnog restrukturiranja su uglavnom pozitivne. Predstavnici pravne struke smatraju da je u pitanju važan korak u pravcu unapređenja kulture restrukturiranja poslovanja dužnika, budući da su njene odredbe obavezujuće za sve države članice EU. Takođe, smatra se da će novi propisi doprineti smanjenju prepreka u trgovini i investiranju, postizanju relativne harmonizacije nacionalnih

propisa, kao i anticipaciji rizika u poslovanju i pravovremenom pristupanju me-rama restrukturiranja (u ranoj fazi)<sup>21</sup>, a samim tim i povećanju izgleda za uspeh i smanjenju troškova. Postupak preventivnog restrukturiranja u suštini predstavlja spoj postupka *Scheme of Arrangement* iz britanskog Zakona o kompanijama<sup>22</sup> i plana reorganizacije (*Plan Procedure*) iz Poglavlja 11. Stečajnog zakonika SAD<sup>23</sup>. Posebno se uticaj zakonodavstva SAD vidi u uvođenju mehanizma nametanja plana nesaglasnim poveriocima (*cross-class cram down*)<sup>24</sup>.

Ipak, izneti su i stavovi da je zakonodavac EU pokazao visok stepen fleksibilnosti kada je u pitanju primena odredaba Direktive u nacionalnim zakonodavstvima. Naime, države članice su ovlašćene da nove propise prilagode svojim postojećim pravnim okvirima, što može voditi pridržavanju samo minimalnih predloženih standarda.<sup>25</sup> To važi naročito za utvrđivanje pojma verovatnog stečaja i kriterijuma za obrazovanje klasa poverilaca<sup>26</sup>. U skorijoj budućnosti to bi moglo da dovede do konkurencije nacionalnih sudskih nadležnosti<sup>27</sup>. Takođe, izvesno je da će razlike u nacionalnim propisima o stečaju u državama EU i dalje postojati, dok će strani pravni okviri moći da se koriste samo u skladu sa kolizionim normama.

## ZAKLJUČAK

Budući da se odredbe Direktive o okvirima preventivnog restrukturiranja br. 2019/1023 ne primenjuju neposredno, kvalitet novih zakonodavnih rešenja za-

---

<sup>21</sup> Alexandra Schluck-Amend, "EU Parliament adopts directive on preventive restructuring", [www.cms-lawnow.com/ealerts/2019/04/eu-parliament-adopts-directive-on-preventive-restructuring](http://www.cms-lawnow.com/ealerts/2019/04/eu-parliament-adopts-directive-on-preventive-restructuring), 24.08.2019.

<sup>22</sup> Companies Act or An Act to reform company law and restate the greater part of the enactments relating to companies; to make other provision relating to companies and other forms of business organisation; to make provision about directors' disqualification, business names, auditors and actuaries; to amend Part 9 of the Enterprise Act 2002; and for connected purposes, Part 26 (ss. 895–901) and Part 27 (special rules for public companies), 2006.

<sup>23</sup> United States Bankruptcy Code, 2019 Edition, 2019, [www.usbankruptcycode.org](http://www.usbankruptcycode.org), 24.08.2019.

<sup>24</sup> A. Mennens, *Ibidem*.

<sup>25</sup> Emmanuelle Inacio, "A closer look at ... The adoption of the Directive on Preventing Restructuring Frameworks", *Eurofenix* 2/2019, INSOL Europe, Nottingham, p. 14–15.

<sup>26</sup> Sebastiaan Van den Berg, "The New European "Relative Priority": An Analysis of its Impact in the EU Restructuring Directive and Dutch Insolvency Regime, *Emerging Markets Restructuring Journal*, ISSUE No. 9 — Summer 2019, [www.clearygotlieb.com/-/media/files/emrj-materials/issue-9-2018/the-new-european-pdf.pdf](http://www.clearygotlieb.com/-/media/files/emrj-materials/issue-9-2018/the-new-european-pdf.pdf), 24.08.2019.

<sup>27</sup> Ian Wallace, Christian Pilkington, "Restructuring across Europe – a new era?", [www.white-case.com/publications/alert/restructuring-across-europe-new-era](http://www.white-case.com/publications/alert/restructuring-across-europe-new-era), 24.08.2019.

visiće od načina na koji ona budu preneti u zakonodavstvo država članica EU. Ona uspostavlja minimalne standarde za postupke preventivnog restrukturiranja u celoj Evropskoj uniji koji će se primenjivati u budućnosti. Na taj način, izbegava se pristup usklađivanja različitih nacionalnih zakona o stečaju. Ipak, činjenica da ova Direktiva svojim fleksibilnim odredbama državama članicama EU pruža slobodu regulisanja, nesumnjivo pokazuje da je ona rezultat kompromisa. Zakonodavac EU se fokusirao na najvažnije promene koje bi bile od koristi kako za poverioce tako i za dužnike. To bi u budućnosti moglo da znači manji uticaj anglosaksonskog prava na uređenje stečajnog postupka. Osim što se utvrđuje dostupnost okvira preventivnog restrukturiranja, Direktiva utire put novim načinima za održavanje poslovanja kompanija, oslobađanje od dugova preduzetnika nesposobnih za plaćanje, obezbeđivanje svežih finansijskih sredstava i novog početka, povećanje efikasnosti postupaka, kao i za praćenje stečajnih postupaka širom EU.

ĐURO M. ĐURIĆ, Ph.D.,

Assistant Professor and Research Associate,  
College of Economics and Administration, Belgrade

VLADIMIR M. JOVANOVIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, University Business Academy,  
Faculty of Economics and Engineering Management, Novi Sad

## PREVENTIVE RESTRUCTURING LEGAL FRAMEWORKS IN THE EUROPEAN UNION

### Summary

Council of the European Union adopted on 6 June 2019 Directive No. 2019/1023 on frameworks for preventive restructuring, on debt relief and prohibitions, and on measures to increase the efficiency of procedures relating to restructuring, inability to pay and discharge debt, and amendments to EU Directive No. 2017/1132 on restructuring and inability to pay. As directives are not directly applicable legal act, Member States have a period of 2 years to apply these provisions in their territory and harmonize their legislation. Preventive Restructuring Framework Directive requires Member States to provide debtors with one or more clear and transparent legal procedures for early detection of circumstances leading to a likelihood of insolvency and to encourage them to act without delay, preventive restructuring frameworks available for debtors allowing them to avoid financial difficulties at an early stage, if preventing insolvency and ensuring the sustainability of the debtor's business is possible, procedures leading to discharge of debts of insolvent entrepreneurs and measures to increase the efficiency of procedures relating to restructuring, insolvency and discharge of debts. For Republic of Serbia as the EU candidate country, a new reform of insolvency regulations is to expect.

*Key words:* EU Directive, legal frameworks, preventing restructuring, insolvency, discharge of debts

MIRJANA GLINTIĆ

## OGRANIČENJA IZBORA NAČELA UGOVORNOG PRAVA REOSIGURANJA KAO MERODAVNOG PRAVA

*Međunarodni karakter ugovora o reosiguranju, njihova podnormiranost u nacionalnim zakonodavstvima i značaj običajnog prava u ovoj oblasti inspirisali su akademsku zajednicu da u saradnji sa UNIDROIT pokrene projekat izrade Načela ugovornog prava reosiguranja – Principles of Reinsurance Contract Law. U ovom trenutku PRICL se nalaze u formi nacрта, a okončanje projekta je predviđeno za 2020. godinu.*

*Kako i srpsko zakonodavstvo ne sadrži detaljne odredbe o ugovoru o reosiguranju, autor je stava da je bliže predstavljanje ovog opt – in instrumenta nužno, a naročito kada se uzme u obzir da su PRICL koncipirani kao pravo koje će biti primenjivo ne samo na međunarodne ugovore, već i na ugovore o reosiguranju bez elementa inostranosti. Ključno pitanje na koje rad pruža odgovor jeste pitanje mogućnosti izbora PRICL kao merodavnog prava usled ograničenja koja pravila međunarodnog privatnog prava postavljaju pred jedno nedržavno pravo.*

*Ključne reči: reosiguranje, nedržavno pravo, međunarodno privatno pravo, arbitražna klauzula, lex mercatoria*

### U V O D

U većini pravnih sistema, uključujući i srpski, ugovor o reosiguranju predstavlja nedovoljno istraženu i regulisanu oblast. Često jedini put kada se ovi ugovori pominju u zakonskim tekstovima bude u normama zakona posvećenih ugovorima o osiguranju, u kojima se navodi da se odredbe konkretnog zakona neće

---

Dr Mirjana Glintić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

primenjivati na ugovore o reosiguranju.<sup>1</sup> Ipak, značaj ovog ugovora za funkcionisanje tržišta osiguranja zahteva detaljnije regulisanje.<sup>2</sup>

Svakako da postoje određeni, nacionalni, propisi koji regulišu ugovore o reosiguranju, tako što određuju uslove za validnost ugovora, da li je zaključen u odgovarajućoj formi i sl.<sup>3</sup> Regulativu ugovornog prava reosiguranja karakteriše i veliki značaj običaja, koji su tokom vremena uspostavljeni u poslovnim odnosima i po čijim pravilima se većina transakcija i obavlja.<sup>4</sup> To je posledica velikog stepena autonomije volja u ovoj oblasti prava, zasnovanoj na jednakoj ekonomskoj snazi ugovornih strana. Zato se za ugovore o reosiguranju kaže da se kod njih ugovorne strane sporazumeju oko osnovnih stvari na početku, a o detaljima kasnije. Ipak, nacionalna prava su ta koja daju odgovor na pitanje da li se i u kojoj meri moraju razmatrati običaji prava reosiguranja.<sup>5</sup>

Pritom, i da većina pravnih sistema prihvati da postoji određeni običaj, to ne znači da će on biti ujednačeno tumačen i potpuno nezavisno od nacionalne pravne tradicije. Radi se o tome da se sporovi oko ugovora o reosiguranju uglavnom završavaju tzv. "džentlmenkim sporazumom"<sup>6</sup>, bez učešća sudija, koje ove

<sup>1</sup> U Engleskoj se Zakon o osiguranju iz 2015. godine i Zakon o pomorskom osiguranju primenjuju i na direktno osiguranje i na reosiguranje, što je izuzetak. Situacija je drugačija u zemljama kontinentalnog pravnog sistema, gde je regulisanje ugovora o reosiguranju eksplicitno stavljeno izvan polja primene zakona posvećenih ugovornom pravu osiguranja: § 209 nemačkog *Versicherungsvertragsgesetz*, *BGBL. I S.* 2631, Article L111-1 francuskog *Code des assurances*, *Décret no 76-667 du 16 juillet 1976*, § 101(1)(1) švajcarskog *Versicherungsvertragsgesetz*, 221.229.1

<sup>2</sup> Zahvaljujući ovom ugovoru, obezbeđuje se solventnost osiguravača i uopšte njegova sposobnost da ispuni svoje obaveze prema osiguraniku. Iz toga proizilaze dalje karakteristike ugovora o reosiguranju, koji se oslanja na ugovor o osiguranju. Tako reosiguravač ne može pružati šire pokriće od onog koje pruža osiguravač, odnose se na isti rizik i imaju istu kauzu. V. Nataša Petrović Tomić, "Reosiguranje – suština, domašaj, značaj", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2015, str. 79–80. Takođe, Colin Edelman, *The Law of Reinsurance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, par. 1.06.

<sup>3</sup> V. Klaus Gerathewohl, *Reinsurance: Principles and Practice*, Karlsruhe, 1982, str. 489.

<sup>4</sup> Franc Turgné, *L'arbitrage en matière d'Assurance et de Réassurance*, Paris, 2007, str. 379-380. Takođe, Robert Jerry, *Understanding Insurance Law*, New York 2002, str. 1059.

<sup>5</sup> Jedan od autora PRICL, profesor Heis, navodi primer klauzule "follow – the – settlement" i različite načine njenog tumačenja u različitim pravnim sistemima, što vodi različitom tumačenju obaveze reosiguravača da poštuje i postupa u skladu sa poravnanjem svog reosiguranika. Reč je o klauzuli čiji osnov nastanka je običajno pravo reosiguranja. V. K. Gerathewohl, nav. delo, str. 473, Rolf Nebel, "Internationale Rückversicherungsverträge aus der Perspektive des schweizerischen Rechts", *Schweizerische Versicherungszeitschrift*, vol. 60, 1998, str. 60.

<sup>6</sup> Sumitomo Marine Fire Insurance Co., Ltd. – U. S. Branch v. Cologne Reinsurance Company of America et al., and Buffalo Reinsurance Company et al., 75 NY2d 295 (NY Ct App 1990).

ugovore često posmatraju kao ugovore sastavljene na brzinu bez adekvatne pravne pomoći.<sup>7</sup> To su možda neki od razloga što su sudske odluke i mišljenja o ugovorima o reosiguranju često međusobno različite.<sup>8</sup> Ne treba ispusti iz vida ni razlike koje postoje između dva najveća pravna sistema u pogledu načina tumačenja ugovora, uobičajne terminologije i ovlašćenja sudija u vezi sa tim.<sup>9</sup>

Takođe, donošenje Solvency II apostrofiralo je potrebu za regulisanjem i ugovora o reosiguranju, jer je strategija direktnog osiguravača u vezi sa reosiguranjem sada predmet kvantitativnog i kvalitativnog regulisanja. To dalje podvlači obavezu nadzornih organa da moraju imati sve informacije o sadržini ugovora o reosiguranju, što bi trebalo da bude detaljno regulisano zakonskim ili podzakonskim aktima. Neposredovanje detaljnih informacija o pokriću predstavlja ozbiljan rizik u skladu sa Solvency II, što može imati implikacije na zahteve koje nadzorni organ postavlja direktno osiguravaču u vezi sa njegovim kapitalom.<sup>10</sup>

Potom, ugovori o reosiguranju često podrazumevaju element inostranosti, jer reosiguravači iz razvijenih zemalja imaju mogućnosti da preuzmu višak rizika od osiguravača iz manje razvijenih zemalja. Iako najrasprostranjeniji vid ugovora o reosiguranju, međunarodna reosiguranja nalaze se u potpunosti van fokusa zakonodavaca. Jasno je da nastaju brojni sporovi, počev od toga kako tumačiti zaključeni ugovor, pa nadalje. Naime, međunarodni trgovački ugovori su uglavnom zasnovani na modelu ugovora bliskog anglosaksonskom pravu, koji prepušta ugovornim stranama da regulišu svoje interese u ugovoru, nezavisno od primenjivog merodavnog prava. Opet, s druge strane, na ove ugovore se mogu primenjivati zakoni evrokontinentalnog pravnog sistema, a sastavljace će ih i pravnici obrazovani na osnovama istog tog pravnog sistema. To znači da će ugovore i njihovu

---

<sup>7</sup> Sumitomo Marine Fire Insurance Co., Ltd. – U. S. Branch v. Cologne Reinsurance Company of America et al., and Buffalo Reinsurance Company et al., 75 NY2d 295 (NY Ct App 1990).

<sup>8</sup> U anglosaksonskom pravnom sistemu, iako postoji značajan broj precedenata o ugovornom pravu reosiguranja, za njih ne može reći da su uniformni. Sa druge strane, u kontinentalnom pravu postoje arbitražne odluke o ugovorima o reosiguranju, ali one uglavnom nisu dostupne javnosti. V. Jeffrey Stempel, "Notes from a Quiet Corner: User Concerns about Reinsurance Arbitration and Attendant Lessons for Selection of Dispute Resolution Forums and Methods", *Arbitration Law Review*, no. 9, 2017, str. 25. Takođe, William Hoffman, "On the Use and Abuse of Custom and Usage in Reinsurance Contracts", *Tort & Insurance Law Journal*, 1997, str. 75.

<sup>9</sup> V. Guiditta Cordero Moss, "International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-State Law to be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith", *Global Jurist*, 2007, str. 3 – 13.

<sup>10</sup> Manfred Wandt, Jens Gal, "Solvency II Unexpected Indirect Regulation of the Reinsurance Contract, The Creation of PRICL as a Means to Safeguard a Centuries-Old Tradition of Self-Regulation", *ICIR Annual Report*, 2016-2017, str. 2.

svrhu posmatrati na drugačiji način od modela na kom je ugovor zasnovan. Iako će se možda ti sporovi rešavati pred arbitrima, a ne pred sudijama kao delovima nekog nacionalnog pravnog sistema, time se ne eliminišu svi potencijalni problemi, jer, iako su fleksibilniji od sudija, i arbitri moraju da primene zakone na precizan način.<sup>11</sup>

Uz sve kontradiktornosti sa kojima se suočava jedan ugovor o reosiguranju, javlja se i pitanje koje je pravo merodavno. Rešavanju tih izazova pravnici mogu pristupiti na dva načina: putem pravila o sukobu zakona, ali i putem usvajanja unifikovanih pravnih pravila dobijenih uporednopravnom analizom različitih pravnih sistema. Iako zakonodavne vlasti ponekad ne gledaju blagonaklono na odricanje od dela svojih ovlašćenja, sve više raste značaj unifikovanih pravila u formi mekog prava.<sup>12</sup>

Iz svih napred predstavljenih razloga, a prvenstveno značaja običajnog prava za ugovore o reosiguranju,<sup>13</sup> i u ovoj oblasti je došlo do rada na unifikaciji pravila. Da je ovaj korak bio nužan i neminovan, svedoče i brojni raniji pokušaji uspostavljanja pravila o reosiguranju širom sveta.<sup>14</sup>

Grupa profesora sa fakulteta u Cirihu, Beču i Frankfurtu pokrenula je projekat izrade Principa ugovornog prava reosiguranja (u daljem tekstu, PRICL), sa ciljem objavljivanja i objašnjavanja običaja i već postojećih principa ugovornog prava reosiguranja. Osnovna ideja je njihovo pretvaranje u *opt-in* instrument, koji stranke mogu izabrati kao merodavan za svoj ugovor. Samo neki od očekivanih ciljeva jesu uspostavljanje globalnih standarda u ovoj oblasti prava, nuđenje rešenja za sve vrste sporazuma o reosiguranju ili pojedinačna pravila za posebne vrste ugovora o reosiguranju, ali i ujednačene terminologije koja bi dalje olakšala tumačenje međunarodnih ugovora o reosiguranju.

<sup>11</sup> G. Cordero Moss, nav. delo, str. 38. Mirjana Glintić, "Neophodnost utvrđivanja nacionalne pripadnosti arbitražne odluke", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva, 2012, str. 247–257.

<sup>12</sup> Tako i John Goldring, "Unification and Harmonisation of the Rules of Law", *Federal Law Review*, 1978, str. 284.

<sup>13</sup> U nekim oblastima prava do unifikacije pravila je došlo usled njihovog razvoja iz običajnog prava. Tako su pravila pomorskog prava u većini zemalja slična, jer su ih ustanovili trgovci i pomorci koji su putovali od zemlje do zemlje i sa sobom donosili ta pravila. V. Clive Macmillan Schmitthoff, *The Sources of the Law of the International Trade with Special Reference to East-West Trade*, (ed. Clive Macmillan Schmitthoff), Göteborg, 1964.

<sup>14</sup> O tome svedoče naponi različitih grupa stručnjaka po celom svetu da sastave različite kodekse pravila o ugovoru o reosiguranju. Tako je nastao Code of Practice u London, dok grupe u SAD (Broker & Reinsurance Markets Association) i Singapuru (Contract Certainty Working Group) rade na sličnim nacrtima.



## OSNOVNE KARAKTERISTIKE PRICL-a

Rad na izradi Načela ugovornog prava reosiguranja započeo je 2016. godine.<sup>15</sup> Inicijativa za nastanak PRICL bila je inspirisana projektnom grupom *Restatement of Europe Insurance Contract Law*, koja je dovela i do nastanka Načela ugovornog prava osiguranja, PEICL.<sup>16</sup> Međutim, za razliku PEICL čija je primena ograničena na prostor unutrašnjeg tržišta, PRICL se smatraju podobnim da se primene i na ugovore o reosiguranju bez elementa inostranosti.<sup>17</sup>

Osnovna ideja projekta je bila formulisanje restatementa postojećeg globalnog ugovornog prava reosiguranja, sadržanog uglavnom u međunarodnim običajima, a vrlo retko i u zakonskim tekstovima.<sup>18</sup> Tokom izrade PRICL kao najvažnije iskristalislalo se pitanje njihove forme. Kako osnovnu svrhu Principa predstavlja popunjavanje praznina u slučaju da neko pitanje ugovorne strane nisu regulisale svojim ugovorom o reosiguranju, PRICL su dobili neobavezujući karakter.<sup>19</sup> Naime, ne postoji nikakav javni interes u vezi sa ugovorom o reosiguranju koji bi zahtevao propisivanje imperativnih normi, a naročito kada se uzme u obzir da su ugovorne strane jednake ekonomske snage i pravnog znanja. Takođe, davanjem PRICL neobavezujuće forme, izbegavaju se bilo kakve obaveze nacionalnih zakonodavaca. To bi bilo nužno ako bi PRICL bio u formi npr. Model zakona, koji zahteva implementaciju u nacionalne pravne sisteme.

U skladu sa neobavezujućim karakterom PRICL, članom 1.1.3. je predviđeno da ugovorne strane mogu isključiti primenu neke od odredbi PRICL ili izmeniti njihov efekat. Ipak, određenim normama sadržanim u PRICL morao bi se priznati imperativni karakter, od kog ugovorne strane ne bi mogle da odstupe

---

<sup>15</sup> Detaljnije o organima i načinu rada grupe za izradu PRICL, V. Helmut Heiss, "From Contract Certainty to Legal Certainty for Reinsurance Transactions: The Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)", *Scandinavian Studies in Law*, 2018, str. 101.

<sup>16</sup> Stefan Vogenauer, Stephen Weatherill, *The Harmonisation of European Contract Law- Implications for European Private Laws*, Hart Publications, Oxford, 2006, str. 31. Jürgen Basedow, "Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherschutzpolitik", *Versicherungsrecht in Europa- Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts* (Hrsg. Fritz Reichert- Facilides, Anton Schnyder), Basel, 2000, str. 13.

<sup>17</sup> Petr Dobiaš, "Group Insurance and Reinsurance Business in the Legal Relations with an International Element", *International and Comparative Law Review*, no. 2, 2016, str. 217.

<sup>18</sup> Detaljnije o projektu, V. <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl.html>, 31.08.2019.

<sup>19</sup> Kao što u uvodnom delu PICC stoji: "Naponi ka međunarodnoj unifikaciji prava su suštinski u formi obavezujućih instrumenata, kao što su nadnacionalno pravo, međunarodne konvencije ili model zakoni. S obzirom da ovi instrumenti često rizikuju da budu mrtvo slovo na papiru i fragmentisani, apeluje se sve glasnije da se izvrši preusmeravanje na nezakonodavne metode unifikacije i harmonizacije prava."

kada ugovore njihovu primenu. Misli se, u prvom redu, na primenu pravila o zahtevanoj najvećoj savesnosti i poverenju od ugovornih strana (*uberrimae fidei*), predviđenu u članu 2.1.2. U smislu člana 1.1.3, ugovorne strane mogu izmeniti pojedini aspekt ove obaveze tako što će izmeniti pojedinačnu obavezu koja proističe iz primene pravila o *uberrimae fidei*.<sup>20</sup>

Do primene PRICL na ugovor o reosiguranju može doći samo onda kada ga ugovorne strane izaberu, ali i kada ga eksplicitno ne izaberu, o čemu će naknadno biti reči. Kako bi olakšali implementaciju PRICL, radna grupa je sastavila i model klauzulu o izboru prava, koja glasi: "Ovaj ugovor će biti regulisan Principima ugovornog prava reosiguranja (2019)." Ugovornim stranama suštinski stoji na raspolaganju dve opcije ako žele da na svoj ugovor o reosiguranju primene PRICL. Prva opcija je izbor PRICL kao merodavnog prava za ugovor, a druga opcija je unošenje odredbi PRICL u sam ugovor o reosiguranju. Po pravilu, do primene druge opcije će doći onda kada ne postoji mogućnost primene prve opcije, što će biti posebno objašnjeno.

PRICL se sastoji od šest poglavlja (Opšte odredbe, Obaveze reosiguranika i reosiguravača, Obaveze tokom postupka, Pravni lekovi, Podela gubitka, Spajanje gubitaka). U cilju boljeg razumevanja izabranih normi PRICL, u tekst su integrisani i komentari, ilustracije i primeri. Kao posebno značajno dostignuće PRICL ističe se regulisanje obaveza ugovornih strana, ali i posledica njihovih povreda. Naime, autori PRICL su nastojali da uvedu proporcionalni sistem sankcija, u zavisnosti od stepena povrede ugovorne obaveze. Do sada je uglavnom važio princip "sve ili ništa", koji je često odvlačio arbitre od toga da uopšte konstatuju povredu ugovora, jer bi to, po nekim pravnim sistemima, značilo poništaj celog ugovora.<sup>21</sup>

#### ODNOS PRICL SA NAČELIMA UNIDROIT MEĐUNARODNIH TRGOVAČKIH UGOVORA

Razlog za različito tumačenje jednog istog ugovora o reosiguranju od strane različitih sudova i arbitražnih tribunala se može naći ne samo u različitim propisima i običajima ugovornog prava reosiguranja, već i u različitom poimanju opšteg dela ugovornog prava. Iz tog razloga je bilo nužno da se materija PRICL ne ograniči samo na ugovore o reosiguranju. U suprotnom, ne bi se ispunili svi zahtevi koje pred PRICL stavlja sektor reosiguranja. Potreba za određenim pravilima iz opšteg dela ugovornog prava u ovim Načelima je regulisana pozivanjem na primenu UNIDROIT Načela međunarodnih trgovačkih ugovora (u daljem tek-

<sup>20</sup> U vezi sa ovim članom PRICL, pogledati član 1.5 PICC i komentare u vezi sa njim.

<sup>21</sup> J. Stempel, nav. delo, str. 25.

stu, PICC).<sup>22</sup> U slučaju da neko pitanje nije regulisano PRICL, smatraće se da postoji spoljna praznina, na koju će se primeniti odgovarajuće pravilo PICC.<sup>23</sup> Ako je pak reč o pitanju koje je načelno regulisano PRICL, ali neki od aspekata tog pitanja nisu, smatraće se da postoji tzv. unutrašnja praznina, koja se ima popuniti u skladu sa principima ustanovljenim u PRICL.<sup>24</sup>

Iako se primeni PICC “spočitavaju” brojni nedostaci, stava smo da popunjavanje spoljnih praznina putem UNIDROIT Načela predstavlja dobar izbor, i to iz dva razloga.<sup>25</sup> Prvo, jer primena PICC nije teritorijalno ograničena na pojedine delove sveta ili zatvorene zajednice. I drugo, ova Načela se odnose na trgovačke poslove, kod kojih su ugovorne strane jednake ekonomske snage, što je i slučaj kod ugovora o reosiguranju.<sup>26</sup> Pritom se ne sme ispustiti iz vida da će se PICC i dalje primenjivati samo na pitanja iz opšteg dela ugovornog prava, ali ne i na pitanja iz oblasti ugovornog prava reosiguranja.<sup>27</sup> Ako takvo pitanje nije regulisano PRICL i ne može se popuniti primenom analogije, na red će doći primena rešenja iz međunarodnih običaja iz oblasti reosiguranja.<sup>28</sup>

#### MOGUĆNOSTI IZBORA PRICL I NJIHOVA OGRANIČENJA

U trenutku kada su PRICL još uvek u fazi nacрта, vrlo je bitno razmotriti i odgovoriti na pitanje pod kojim uslovima se ova Načela uopšte mogu primeniti kao merodavno pravo. Radi se o tome da PRICL imaju status nedržavnog prava, tako da je neophodno konsultovati pravila međunarodnog privatnog prava o

---

<sup>22</sup> Ralf Michaels, “Umdenken für die UNIDROIT – Prinzipien, Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des internationalen Vertragsrechts”, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, str. 885.

<sup>23</sup> Čl. 1.1.2 PRICL.

<sup>24</sup> Čl. 1.1.6 (2) PRICL.

<sup>25</sup> Često se kao osnovni nedostatak primene UNIDROIT Načela navodi nepostojanje pravila o posebnim ugovorima. Međutim, upravo ovakvim rešenjem iz PRICL eliminisan je i taj nedostatak, jer postoje pravila za poseban ugovor, ugovor o reosiguranju. Tako i H. Heiss, nav. delo, str. 104.

<sup>26</sup> Official Comments to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Preamble; Ralf Michaels, “Preamble I”, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract* (ed. Stefan Vogenauer), Oxford 2005, 26. Detaljnije o UNIDROIT Načelima, V. Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice*, Nijhoff Publisher, Leiden, 2006. Tako, Jose Angelo Estrella Faria, “The Influence of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws”, *Uniform Law Review*, No. 2-3, 2016, str. 238-270. Takođe, Klaus Peter Berger, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *The American Journal of Comparative Law*, no. 1/1998, str. 133.

<sup>27</sup> H. Heiss, nav. delo, str. 106.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

sukobu zakona, kako bi se dobio odgovor da li je dozvoljen izbor pravnih pravila koja su nedržavnog, nenacionalnog karaktera, kao i da bi se odredila važnost takvog izbora.<sup>29</sup>

Tako, primera radi, na nivou Evropske unije, pitanje sukoba zakona regulisano je pravilima Rim I Uredbe,<sup>30</sup> koja, kada se pogledaju njeni članovi 3 i 7, pruža veliku autonomiju volja ugovornim stranama kada se radi o ugovorima na reosiguranju.<sup>31</sup> Ipak, to je samo prvi utisak, jer Rim I Uredba ne dozvoljava izbor nedržavnog prava kao merodavnog za jedan ugovor. Međutim, u skladu sa Recitalom 13 Rim I Uredbe, moguće je nedržavno pravo uneti kao odredbe ugovora, ali ne i izabrati ga kao merodavno pravo. To bi značilo da je izbor merodavnog prava ograničen na izvore nacionalnog prava. To dalje znači da izbor PRICL ne bi značio izbor prava u strogom smislu te reči, već da su sve odredbe merodavnog nacionalnog prava koje se odnose na pitanja regulisana PRICL materijalno izmenjene.<sup>32</sup> Ipak, ono o čemu treba voditi računa jeste da većina ugovora o reosiguranju sadrži arbitražnu klauzulu, što znači da se zabrana iz Rim I Uredbe neće ni primenjivati.<sup>33</sup> Osim toga, nacionalni propisi arbitražnog prava u većini slučajeva dozvoljavaju i izbor nedržavnog prava kao merodavnog.

U suštini, sličnu odredbu sadrže i Haški principi o izboru prava u međunarodnim trgovačkim ugovorima, koji samo na prvi pogled daju veće mogućnosti za izbor nedržavnog prava kao merodavnog.<sup>34</sup> Članom 3 Haških principa je predviđeno da merodavno pravo mogu biti pravila opšteprihvaćena na međunarodnom, nadnacionalnom i regionalnom nivou. Međutim, pritom se mora dati prednost svim ograničenjima koja postavljaju nacionalna pravila o sukobu zakona, što opet vodi ograničenoj mogućnosti izbora nedržavnog prava kao merodavnog.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Maja Stanivuković, "Instrumenti harmonizacije i unifikacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, sa posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo – prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva* (ur. Radovan Vukadinović), Kragujevac, 2001, str. 90.

<sup>30</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligation (Rome I), Official Journal of the European Union L 177/6.

<sup>31</sup> Isto mišljenje zastupa i profesor Vandt. V. M. Wandt, J. Gal, nav. delo, str. 3.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Čl. 1, st. 2, t. e Rim I Uredbe.

<sup>34</sup> Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, approved 19.03.2015.

<sup>35</sup> Official Comments to Article 3 of the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, no. 3, dostupno na [https://docentes.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/MHB\\_MA\\_31647.pdf](https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MHB_MA_31647.pdf), 05.09.2019.

Iz napred navedenog je jasno da će se mogućnosti za primenu PRICL razlikovati u zavisnosti od toga da li ugovor o reosiguranju sadrži arbitražnu klauzulu ili ne. Zapravo, mogućnost ugovaranja PRICL opredeljene su time da li će se potencijalni spor u vezi sa ugovorom o reosiguranju rešavati pred nacionalnim sudovima, koji moraju da primene načela međunarodnog privatnog prava, ili pred arbitražnom tribunalom. Zavisno od toga, PRICL će moći da ili budu izabrani kao merodavno pravo ili da budu samo inkorporisani u odredbe ugovora o reosiguranju.

Ograničenja po izbor prava mogu poteći i od zakona koji reguliše nadzor nad delatnošću osiguranja, tako što predvide da se ugovori o reosiguranju moraju zaključiti u skladu sa odredbama domaćeg prava. Isti cilj se može postići i propisivanjem odvratajućih ekonomskih posledica u slučaju izbora stranog ili mekog prava.<sup>36</sup> Pored ovih ograničenja, granice primeni PRICL svakako predstavlja obavezna primena pravila koja su deo javnog poretka u pogledu prava reosiguranja.<sup>37</sup>

Stoga, moglo bi se reći da će primena PRICL na ugovore o reosiguranju sa elementom inostranosti biti ograničena sporazumom ugovornih strana, imperativnim normama nacionalnog pravnog poretka, normama neposredne primene, kao i odredbama koje čine sastavni deo domaćeg i međunarodnog javnog poretka.

#### *Primena PRICL na ugovore o reosiguranju koji sadrže arbitražnu klauzulu*

Kao što smo pomenuli, u slučajevima kada ugovorne strane unesu i arbitražnu klauzulu u svoj ugovor, postoji veća šansa za izbor PRICL kao merodavnog prava. Naime, većina zemalja je usvojila UNCITRAL Model zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, u skladu sa čijim članom 28 stranke mogu da izaberu državno pravo ili nedržavne principe kao merodavne za svoj ugovor.<sup>38</sup> Time je otvorena mogućnost za izbor PRICL kao merodavnog prava za jedan ugovor o osiguranju.

Kada ugovorne strane izaberu PRICL kao merodavno pravo, to je po efektu jednako sa izborom nacionalnog prava. To znači da PRICL u potpunosti menja pravila nacionalnog prava koje bi se imalo primeniti u skladu sa pravila me-

---

<sup>36</sup> H. Heiss, nav. delo, fn. 111, 112.

<sup>37</sup> Iz ugla međunarodnog privatnog prava, pravila iz oblasti finansijskog prava će uglavnom biti ta koja će imati prednostu odnosu na PRICL.

<sup>38</sup> Tako se navodi u literaturi da ugovorne strane izaberu kao merodavno pravo principe razmatrane i definisane na nekom međunarodnom forumu, a koji još nisu inkorporisani u nacionalni pravni poredak. Terry O'Neill, Jan Wolonieck, *The Law of Reinsurance in England and Bermuda*, Sweet & Maxwell, London 2010, str. 14–105, navedeno prema: H. Heiss, nav. delo, str. 111.

đunarodnog privatnog prava kada nije izabrano merodavno pravo. S obzirom na objašnjeni efekat izbora PRICL, jasno je da se na taj način isključuje i primena imperativnih normi bilo kog domaćeg prava, čiju primenu ugovorne strane inače ne mogu da isključe svojim ugovorom. Od toga su izuzete samo norme koje čine deo javnog poretka, kao i norme neposredne primene, koje se moraju primeniti nezavisno od merodavnog prava u skladu sa kolizionim normama.

Autori PRICL su u članu 1.1.5 predvideli pravila o imperativnim normama, ali bez razlikovanja da li se radi o uobičajnim domaćim normama ili normama neposredne primene.<sup>39</sup> Navedenim članom je predviđeno da primena PRICL neće “ograničiti primenu imperativnih pravila, bilo nacionalnog, međunarodnog ili supranacionalnog porekla, gde su primenjive.” Relevantna imperativna pravila će se razlikovati u zavisnosti od toga da li ugovor o reosiguranju sadrži arbitražnu klauzulu ili ne. Kako zakoni o arbitraži predviđaju mogućnost izbora i nedržavnog prava kao merodavnog, to se pod relevantnim imperativnim pravilima podrazumevaju norme neposredne primene.

Primena normi neposredne primene države u kojoj se arbitražni postupak vodi ili neke treće zemlje sa kojom je spor povezan na neki drugi način, zavisice od okolnosti konkretnog slučaja. S obzirom da međunarodni arbitražni tribunali nemaju svoj *lex fori*, nisu u obavezi, ali i mogu, da primeni norme neposredne primene države na čijoj teritoriji donose odluku. Može se desiti da tribunal uzme u razmatranje norme neposredne primene zemlje u kojoj će se arbitražna odluka izvršiti, kako bi se izbegle sve prepreke njenom priznanju i izvršenju.

U skladu sa članom 1.1.3. PRICL ugovorne strane mogu isključiti primenu određenih odredbi PRICL, čak iako si ih izabrali kao merodavno pravo. Primena PRICL se neće “mešati” u primenu model klauzula pristunih na tržištu reosiguranja. Naprotiv, ideja je da se pruži referentni okvir za olakšano tumačenje i primenu postojećih klauzula i običaja u ovoj oblasti prava. Prvenstveno, jer je njihovo razumevanje znatno lakše nego što je to slučaj sa nacionalnim zakonima. Tako će ugovorne strane nekad primeniti samo odredbe PRICL, a nekad će ih dopuniti određenim klauzulama koje odgovaraju njihovim poslovnim potrebama.

#### *Primena PRICL na ugovore o reosiguranju koji ne sadrže arbitražnu klauzulu*

U ugovorima koji ne sadrže arbitražnu klauzulu i gde ne postoji mogućnost izbora PRICL kao merodavnog prava, odredba PRICL će biti inkorporisana

<sup>39</sup> S obzirom da su termini na engleskom jeziku “mandatory rules” i “overriding mandatory rules”, jasno je odakle i potiče zabuna.

u sam tekst ugovora.<sup>40</sup> Tada odredbe PRICL ne mogu zameniti u potpunosti nacionalno pravo koje bi se imalo primeniti u skladu sa pravilima međunarodnog privatnog prava.<sup>41</sup> To znači da u navedenim slučajevima PRICL mogu imati svoju primenu ako se unese u ugovor o reosiguranju kao klasične ugovorne klauzule, koje ne smeju biti u sukobu sa imperativnim normama merodavnog nacionalnog ugovornog prava. Već pominjani član 1.1.5 PRICL ne dozvoljava postupanje na drugi način. Naime, rešavanja sporova u vezi sa ovakvim ugovorima o reosiguranju se odvija pred nacionalnim sudovima, koji su svakako vezanim imperativnim pravilima merodavnog prava. Pored toga, imperativna pravila *lex fori*, kao i drugih država se mogu primeniti ako postoji dovoljna povezanost sa konkretnim ugovorom o osiguranju.<sup>42</sup>

Međutim, ne sme se ispustiti iz vida da podregulisanost ugovornog prava reosiguranja znači da gotovo i ne postoje imperativne norme u ovoj oblasti, što značajno olakšava primenu PRICL, a članu 1.1.5 sužava domen primene. Ipak, izbor PRICL u oba gorepredstavljena slučaja ne može isključiti primenu odredbi javnog prava ili onih koji se smatraju delom javnog poretka, a koje mogu imati i eksteritorijalni efekat. Sankcije nepoštovanja tih pravila mogu se veoma razlikovati, počev od odsustva bilo kakvog efekta po važnost ugovora o reosiguranju, preko njegovog delimičnog do potpunog poništaja.

*Primena PRICL kada ugovorne strane nisu izabrale  
nijedno pravo kao merodavno*

Stava smo da će postojati prostor za primenu PRICL ne samo kada ga ugovorne strane izaberu kao merodavno pravo ili inkorporišu u ugovor, već i onda kada ga ne izaberu eksplicitno. To može biti slučaj onda kada ugovorne strane predvide da će merodavno pravo za njihov ugovor biti opšti principi prava, *lex mercatoria* ili slično, kao i kada ugovorne strane nisu izabrale nijedno pravo kao merodavno za njihov ugovor.<sup>43</sup> Do tog zaključka se dolazi kada se pogleda Preambula PICC, za šta postoje dva razloga. Prvo, jer su PICC poslužili kao uzor za donošenje PRICL, a drugo, jer je reč o kodifikaciji *lex mercatoria*.

---

<sup>40</sup> To može biti učinjeno na sledeći način: "PRICL se unose u ugovor o reosiguranju u onoj meri u kojoj nisu u suprotnosti sa ostalim uslovima ugovora."

<sup>41</sup> H. Heiss, nav. delo, str. 110.

<sup>42</sup> V. Article 1.4 Comments 3 and 4 PICC.

<sup>43</sup> Po uzoru na paragraf 4 Preambule PICC, PRICL se može smatrati merodavnim za ugovor o reosiguranju ako ugovorne strane nisu izabrale nijedno pravo kao merodavno. David Oser, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, str. 49, 61.

Da li će arbitražni tribunal primeniti PRICL na sporni ugovor o reosiguranju, zavisice od kolizionih normi, koje će često dovesti do različitih rezultata. U literaturi se može naići na stavove da se gorenavedena nedoumica može izbeći prepuštanjem u potpunosti odluke arbitru koji treba da postupa kao *amiable compositeurs*.<sup>44</sup> Presuda se onda ima doneti u skladu sa tim šta on smatra pravednim i ispravnim u datom trenutku. Ta odluka se ima odneti bez oslanjanja na neki poseban pravni sistem, već u skladu sa opštim načelima prava i običaja. Ipak, kako je za postupanje arbitara na ovakav način nužno ovlašćenje ugovornih strana, taj stav se ne može u potpunosti prihvatiti kao osnovan. Pre bi se moglo govoriti da je u slučajevima donošenja odluke po osnovu *lex mercatoria*, zapravo reč o odlučivanju po osnovu pravnih normi.<sup>45</sup>

O tome svedoče i slučajevi pred arbitražnim tribunalima, gde su ugovorne strane kao merodavno pravo odredile “principe prirodne pravde”, na osnovu čega su arbitri zaključili da postoji prostor za primenu PICC.<sup>46</sup> U literaturi se navodi da su arbitri bar u jednom od ovih slučajeva do primene PICC došli putem tzv. “negativnog izbora prava”, čime je isključena primena bilo kog nacionalnog prava, što vodi primeni transnacionalnih pravila. Neodređivanje merodavnog nacionalnog prava iz ugla arbitra je značilo savršenu priliku za primenu pravila *lex mercatoria*. Međutim, time se rizikovalo donošenje odluke na osnovu fiktivnog izbora prava, za čim nije imalo potrebe.<sup>47</sup> U navedenim slučajevima su ugovorne strane pozitivno odredile da žele primenu principa prirodne pravde na svoj ugovor, što bi se poklapalo sa idejom iz paragrafa 3 Preambule PICC.<sup>48</sup> Kako se PRICL u velikoj meri oslanja na PICC, može se zaključiti da se i Načela ugovornog prava reosiguranja mogu smatrati novim *lex mercatoria*, koji iako odvojen od nacionalnih

<sup>44</sup> Hanajörg Landolt, *Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid den Schiedsrichter in der privaten internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit: ein Beitrag zum Problem der Vereinheitlichung des Schiedsrechts*, Bern, 1955, str. 136 i dalje.

<sup>45</sup> *Societe Norsolor v. Societe Pabalk Ticaret Limited Sirketi*, 09.10.1984.

<sup>46</sup> To važi i za slučajeve kad je klauzula o izboru prava sadržala pravilo da se na ugovor imaju primeniti principi zajednički i za englesko i francusko pravo, a u slučaju da oni ne postoje, da se imaju primeniti opšti principi međunarodnog trgovinskog prava i to na onaj način na koji ih primeњуju nacionalni i međunarodni tribunali. V. K.P. Berger, nav. delo, str. 144. Takođe, Marc Blessing, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law”, *Planning Efficient Arbitration Proceedings, The Law Applicable in International Arbitration* (ed. Albert Jan van den Berg), Kluwer Law International, 1996, str. 402.

<sup>47</sup> Eric Robine, “What Companies expect of International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, no. 2, 1992, str. 31, 36.

<sup>48</sup> Sličnu odredbu sadrže i Načela evropskog ugovornog prava, ali uz dodatak da se ona imaju primeniti i onda kada ugovorne strane nisu izabrale nijedno pravo kao merodavno za svoj ugovor. Čl. 1.101 (3) (v).



pravnih sistema, nije im dijametralno suprotan. Jedan od osnovnih argumenata protiv primene pravila *lex mercatoria* da ona služe izbegavanju pravila i principa koji čine deo javnog poretka, ne može se prihvatiti, jer da je tačan, nacionalni sudovi bi poništili svaku ovakvu arbitražnu odluku pozivajući se na povredu javnog poretka.<sup>49</sup>

## ZAKLJUČAK

Sadržina PRICL je takva da oslikava koncept ugovornog prava reosiguranja koji se može izvući kao zajednički za većinu zemalja i stoga se može reći da ona predstavljaju novo definisanje ugovornog prava.<sup>50</sup> Takođe, onde gde se rešenja različitih pravnih sistema razlikuju, PRICL nude jedinstveno rešenje i to tako što daju prednost rešenju jednog nacionalnog pravnog sistema u odnosu na drugo.<sup>51</sup> To je uglavnom rešenje koje najviše odgovara potrebama međunarodnog poslovanja, zbog čega se ona posmatraju kao *lex mercatoria*.<sup>52</sup> Rešenja iz PRICL su u formi preciznih i konciznih predloga koji se mogu direktno primenjivati u naučnom, zakonodavavnom ili sudskom kontekstu.<sup>53</sup> Mogu služiti kao merodavno pravo kada su izabrana, kao dodatak prilikom tumačenja domaćeg prava, kao dokaz da postoje uniformna pravila ili da posluže kao model za reviziju domaćeg prava.<sup>54</sup>

Verujemo da će najbolji lakmus papir uspeha i primenjivosti PRICL biti arbitražni tribunali, naročito jer su arbitri skloni uporednopravnom pristupu prilikom donošenja odluka.<sup>55</sup> To nije ništa neuobičajno kada se uzme u obzir da se u arbitražnim postupcima sreću kulturne i pravne različitosti. Tako se dešava da arbitri primene tzv. kumulativni pristup, koji podrazumeva ne samo razmtranje

---

<sup>49</sup> Otto Sandrock, "How much Freedom should an International Arbitrator Enjoy? The Desire for Freedom from Law. V. the Promotion of international Arbitration", *American Review of International Law Arbitration*, 1992, str. 30, 54 i dalje.

<sup>50</sup> Nils Jansen, *The Making of Legal Authority*, Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 68–71.

<sup>51</sup> Roz Goode, "International Restatement of Contract and English Contract Law", *Uniform Law Review*, no. 2, 1997, str. 231.

<sup>52</sup> J. Faria, nav. delo, str. 240.

<sup>53</sup> Isto je rečeno i za UNIDROIT principe. V. Arthur Hartkamp, "The Use of the UNIDROIT Principles of International Business Law and Practice", *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?* (ed. Jean Paul Beraudo), Paris, 1995, str. 253, 259.

<sup>54</sup> O značaju koji su Načela UNIDROIT imala za određene pravne poretke (Kine, zemlje Baltika, Francusku i Rusiju). V. J. Faria, nav. delo, str. 243–268. Tako i K. P. Berger, nav. delo, str. 134–149.

<sup>55</sup> K. P. Berger, nav. delo, str. 130.

jednog pravila o sukobu zakona, već svih koji su povezani sa sporom. Takav uporednoravni pristup rešavanju sukoba se može sresti i onda kada arbitri primenjuju pravila međunarodnog privatnog prava.<sup>56</sup> Krajnji ishod je arbitražna odluka koja je razumljiva i prihvatljiva strankama u sporu pred arbitražnim tribunalom, a koje često potiču iz različitih pravnih sistema. Takođe, time se eliminišu i potencijalni problemi u fazi priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. Predstavljene parametri delovanja arbitara poklapaju se sa idejom PRICL. Nije isključeno da se i nacionalni sudovi jednog dana okrenu primeni PRICL, kao što je postao slučaj sa PICC.<sup>57</sup>

U ovom trenutku je još uvek prerano za licitiranje uspešnosti primene PRICL. Može se samo pretpostaviti da će, kao i PICC svojevremeno, doprineti standardizaciji jezika i terminologije koja se koristi u ugovornom pravu reosiguranja.<sup>58</sup> Moguć scenario je i preuzimanje delova PRICL u nacionalna zakonodavstva. Iako to nisu bili prioritetni ciljevi donošenja Načela, na ovaj način će se sigurno doprineti harmonizaciji ove oblasti prava, ali i poštovanju razvojne linije međunarodne pravne misli. Ostaje da se vidi da li će tekst PRICL imati veću snagu ubeđivanja nego što bi to imale zakonodavne vlasti država, koje bi tekst nametnule formalnim putevima.

MIRJANA GLINTIĆ, Ph.D.,  
Research Associate, Institute of Comparative Law,  
Belgrade

#### LIMITATIONS ON THE CHOICE OF PRINCIPLES OF REINSURANCE CONTRACT LAW AS A GOVERNING LAW

##### Summary

The international character of reinsurance contracts, its underregulation in national legislations and the importance of customary law in this area have inspired the academic community to launch, in collaboration with UNIDROIT, a project to develop Principles of Reinsurance Con-

---

<sup>56</sup> *Ibidem.*, fn. 9.

<sup>57</sup> Prvi zabeleženi slučajevi datiraju još iz 1996. godine. V. M. J. Bonell, nav. delo, str. 154, 295.

<sup>58</sup> To je posledica odluke radne grupe koja je spremala Načela da se koristi neutralna terminologija, koja se ne vezuje ni za jedan konkretan i poseban pravni poredak.

tract Law. At the moment, the PRICL are in draft form and the project is expected to be completed in 2020.

As the Serbian legislation does not contain detailed provisions on reinsurance contracts, the author is of the opinion that closer presentation of this opt-in instrument is necessary, especially considering that PRICLs are conceived as law applicable not only to international contracts but also to reinsurance contracts with no foreign element. A key question that has to be discussed and answered by this paper is the question of the possibility of choosing PRICL as applicable law due to the limitations that the rules of private international law set on non-state law.

*Key words:* reinsurance, non-state law, private international law, arbitration clause, lex mercatoria



## SAVREMENI OBLICI OBAVEZNOG OSIGURANJA U SRBIJI

*U radu su razmatrani oblici obaveznog osiguranja prema važećim zakonima i opštim uslovima osiguranja u Republici Srbiji. Dva oblika kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika predviđena su u Zakonu o stečaju iz 2009. godine (sa svim izmenama i dopunama). Jedan oblik dugoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti predviđen je u Zakonu o proceniteljima vrednosti nepokretnosti iz 2016. godine. Smatra se kratkoročnim osiguranjem ono koje se zaključuje na godinu dana ili kraće, a dugoročno osiguranje je ono koje se zaključuje na period preko godine dana. U prvom delu ovog rada prikazane su karakteristike dva oblika obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. U drugom delu rada težište izlaganja je bilo na konstituisanju nove slobodne profesije u Srbiji predviđene u Zakonu o proceniteljima vrednosti nepokretnosti i na uvedenom obliku dugoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti procenitelja vrednosti nepokretnosti.*

*Ključne reči: oblik obaveznog osiguranja; stečajni upravnik; procenitelj vrednosti nepokretnosti*

### U V O D

Pod oblicima obaveznog osiguranja, u smislu ovog rada, podrazumevaju se oblici obaveznog osiguranja, koji su predviđeni u važećim zakonskim i podzakonskim opštim aktima Republike Srbije, a dalje su konkretizovani u opštim uslovima osiguranja. Kako je većina oblika ili formi obaveznog osiguranja predviđena u zakonima, tako su ovi oblici poznati pod imenom zakonski oblici obaveznog osi-

guranja. U zakonima RS<sup>1</sup> bezuslovni oblici obaveznog osiguranja od odgovornosti su preovlađujući, ali je među propisanim bilo i alternativnih oblika obaveznog osiguranja od odgovornosti. Do sada propisivani zakonski oblici obaveznog osiguranja od odgovornosti omogućavali su da se ugovori o osiguranju zaključuju sa važnošću od godine dana ili eventualno kraće. Međutim, u drugoj dekadi XXI veka zakon je predvideo i jedan oblik dugoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti. O tim savremenim oblicima obaveznog osiguranja od odgovornosti biće reči u daljim redovima.

Tema prvog dela su dva oblika kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti iz Zakona o stečaju od 2009. godine (sa izmenama i dopunama). U protekloj deciniji nisu menjane zakonske odredbe o oblicima obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. Tema drugog dela je nova slobodna profesija i prvi put predviđen oblik dugoročnog obaveznog osiguranja licenciranog procenitelja po Zakonu o proceniteljima vrednosti nepokretnosti od 2016. godine. Razmatranje oblika dugoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti obuhvatilo je i odredbe opštih uslova osiguranja, koje je doneo vodeći osigravač u Srbiji. U ovom radu obim izlaganja kod sva tri oblika obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti bio je sumaran, jer je bio ograničen zadatim prostorom.

#### VAŽEĆI SRPSKI ZAKONI U KOJIMA SU PREDVIĐENI SAVREMENI OBLICI OBAVEZNOG OSIGURANJA

##### *Oblici obaveznog osiguranja prema Zakon o stečaju*

Zakon o stečaju<sup>2</sup> je donet 2009. godine, ali je počeo da se primenjuje od 1. jula 2010. godine. Već u osnovnom tekstu tog zakona konstituisana su dva oblika obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika<sup>3</sup>. I prvi oblik obaveznog osiguranja i drugi oblik obaveznog osiguranja predviđeni su kao oblici kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. Drugim rečima, zakon je predvideo istu vrstu posla osiguranja za oba ova oblika obaveznog osiguranja. Obično zakoni regulišu jedan oblik obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti, a ostale oblike osiguranja ti zakoni

<sup>1</sup> Slobodan Ilijić: "Oblici obaveznog osiguranja na početku 2008. godine (I)", *Tokovi osiguranja* br. 3–4/2008, 3–17; S. Ilijić: "Oblici obaveznog osiguranja na početku 2008. godine (II)", *Tokovi osiguranja* br. 1–2/2009, 26–40.

<sup>2</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

<sup>3</sup> Zakon o stečaju, član 30.

ne regulišu, s obzirom da pripadaju po pravilu dobrovoljnim osiguranjima. Inače, retki su zakoni u Srbiji, kao što je slučaj sa Zakonom o stečaju, koji su na jednom mestu predvideli dva oblika obaveznog osiguranja i za istu vrstu posla osiguranja. Otuda, već punu deceniju Zakon o stečaju se uzima za primer zakona sa oblicima obaveznog osiguranja, koji je predvideo dva oblika kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti i oba za istu vrstu posla osiguranja. Navedena obeležja istovetnosti opredelila su ove oblike obaveznog osiguranja u savremene oblike tog osiguranja.

Pored istovetnosti, između prvog i drugog oblika obaveznog osiguranja postoje razlike. Prva razlika između ova dva oblika bila bi da se prvi oblik smatra zakonskim ili osnovnim oblikom obaveznog osiguranja, dok bi drugi oblik bio fakultativni ili dopunski oblik obaveznog osiguranja. Druga razlika između ova dva oblika obaveznog osiguranja potekla je od visine sume osiguranja<sup>4</sup>. Kod prvog oblika obaveznog osiguranja zakon je predvideo najniži iznos na koji stečajni upravnik može da zaključi ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti, stim što iznos sume osiguranja glasi 30. 000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan zaključenja tog ugovora. Kod drugog oblika istog ovog osiguranja stečajni upravnik mogao je da zaključi ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti na sumu osiguranja veću od 30.000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan zaključenja tog ugovora. Drugim rečima, kod prvog oblika suma osiguranja je zakonska kategorija, dok je kod drugog oblika suma osiguranja ugovorna kategorija, jer se utvrđuje prilikom zaključenja ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Treća razlika bi se mogla izraziti opisno<sup>5</sup>. Prvi oblik obaveznog osiguranja stečajnog upravnika je bezuslovan, a drugi oblik je uslovljen ispunjenjem niza zakonskih uslova više organa, inače učesnika konkretnog stečajnog postupka.

Kod prvog oblika zakonom je propisan najniži iznos sume osiguranja, pa niko od organa stečajnog postupka ili izvan njih nema pravo da zahteva od stečajnog upravnika da zaključi ugovor na iznos niži od 30.000 evra. Kod drugog oblika obaveznog osiguranja zakonodavac je predvideo niz uslova da bi moglo da bude ugovoreno obavezno osiguranje stečajnog upravnika. Prvi u nizu uslova jeste da je stečajnom upravniku odbor poverilaca mogao da inicira zaključenje ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti, kao i pravo tog odbora da odredi iznos na koji se ima zaključiti ugovor o osiguranju. Prvi uslov je obuhvatio pravo odbora poverilaca da u bilo kom trenutku stečajnog postupka zahteva zaključenje ugovora o obaveznom osiguranju na iznos preko 30.000

---

<sup>4</sup> Zakon o stečaju, član 30. st. 1 i 2.

<sup>5</sup> Zakon o stečaju, član 30. st. 2 i 3.

evra. Stečajni upravnik je dužan samo na zadatu visinu da zaključi na tržištu ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti, osim ako stečajni upravnik ne dokaže da upravo takvo osiguranje nije mogao uopšte da pribavi, odnosno da nađe na tržištu osiguranja. Ipak u vezi sa zaključenjem ovog ugovora stečajni sudija ima najveća zakonska ovlašćenja. Naime, stečajni sudija, po službenoj dužnosti ili na predlog zainteresovanog lica, može da naloži da se snizi visina ovog dopunskog ugovora o osiguranju, odnosno da u potpunosti zabrani stečajnom upravniku da zaključi dopunski ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Četvrta razlika između prvog i drugog oblika obaveznog osiguranja ima u vidu odgovor na pitanje – iz kojih izvora se plaća premija za ova osiguranja?<sup>6</sup> Kod prvog oblika obaveznog osiguranja premiju osiguranja plaća osiguranik, stečajni upravnik, iz sopstvenih sredstava, dok kod drugog oblika obaveznog osiguranja premija osiguranja plaća se iz sredstava stečajne mase. Dakle, računski posmatrano između prvog i drugog oblika obaveznog osiguranja stečajnih upravnika postoje dve tačke istovetnosti, a nasuprot njima zabeležene su četiri tačke razlika između ovih oblika obaveznog osiguranja.

Stečajni upravnik je nezaobilazni i nezamenljivi organ svakog stečajnog postupka. Prema teoriji srpskog stečajnog prava<sup>7</sup> stečajni upravnik u stečajnom postupku ima sedam vrsta različitih dužnosti. Na listi tih dužnosti nalaze se, i to: (1) vršenje pripremnih ili prethodnih radnji; (2) ispitivanje potraživanja; (3) unovčavanje imovine; (4) deoba i namirenje poverilaca; (5) zastupanje; (6) vođenje poslova stečajnog dužnika; (7) sastavljanje odgovarajućih računa; (8) izveštavanje o svom radu. Iz ugla prava osiguranja neke od dužnosti stečajnog upravnika u stečajnom postupku sa liste zahtevaju detaljniji osvrt.

U vezi sa prvom vrstom dužnosti, konkretno u vezi sa pripremnim ili prethodnim radnjama u stečajnom postupku, poznato je da stečajni upravnik ima pravo i dužnost da najpre sastavi listu poverilaca i dužnika stečajnog dužnika. Ako pak stečajni upravnik izostavi sa liste nekog od poverilaca ili nekog od dužnika stečajnog dužnika, stečajni upravnik čini propust ili grešku u odnosu na treća lica, a što je od značaja za postojanje osiguranog slučaja u ovom obliku obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti. U građanskom pravu se smatra da je za utvrđivanje odgovornosti stručnjaka<sup>8</sup>, ovde stečajnog upravnika, dovoljna obična nepažnja pod uslovom da se dokaže postojanje štete i uzročna veza. Zbog

<sup>6</sup> Zakon o stečaju, član 30. st. 1 i 4.

<sup>7</sup> Vuk Radović: *Stečajno pravo, knjiga prva*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2017, str. 276–282.

<sup>8</sup> Marija Karanikić Mirić: “Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu”, *Pravni život* br. 10/2013, str. 625.



ovakvog ili sličnog propusta ili greške stečajnog upravnika (ili njegovog zaposlenog), onaj koji se smatra oštećenim stiče pravo da neposredno zahteva od osiguravača stečajnog upravnika isplatu naknade štete po osnovu obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika (osnovni oblik obaveznog osiguranja).

U odnosu na petu dužnost stečajnog upravnika, definisanu kao zastupanje, treba ukazati na dva momenta. Prvi momenat ima u vidu dužnost stečajnog upravnika da sam ili preko punomoćnika zaključi odgovarajući ugovor iz domena rada i radnih odnosa, radi zaposlenja stručnog lica za potrebe stečajne mase. Drugi momenat tiče se pitanja: da li stečajni upravnik ima dužnost da odredi punomoćnika koji će ga zastupati u zaključenju ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti? Ako se, primera radi, stečajnom upravniku ukaže potreba da zaključi novi ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti (na sumu osiguranja od najmanje 30.000 evra), jer je, primera radi, stari ugovor pred istekom, po mišljenju potpisnika ovog rada stečajni upravnik nema zakonsko pravo i dužnost da odredi punomoćnika, ugovarača osiguranja, da u njegovo ime i za njegov račun zaključi novi ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti (na sumu osiguranja najmanje od 30.000 evra). Ovo stoga što je u Zakonu o stečaju<sup>9</sup> utvrđeno izrekom da stečajni upravnik zaključuje ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti – u svoje ime i za svoj račun – pa ta zakonska izreka sprečava stečajnog upravnika da odredi punomoćnika, ovde ugovarača osiguranja. Dakle, zakon je postavio stečajnom upravniku izvesnu granicu pri vršenju dužnosti zastupanja u stečajnom postupku.

#### *Oblik obaveznog osiguranja prema Zakonu o proceniteljima vrednosti nepokretnosti*

Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti<sup>10</sup> je nov zakon, odnosno zakon kakav nije postojao u pravnom sistemu Republike Srbije, ni bivše SFRJ. Zakon je konstituisao novu slobodnu profesiju<sup>11</sup> u Srbiji – procenitelja vrednosti nepokretnosti. Svojstvo procenitelja može se steći ako prethodno zainteresovano lice ispuni brojne uslove i ako se povoljno okonča postupak za licenciranje procenitelja. Zakonom<sup>12</sup> se od podnosioca zahteva za licencu traži, prvo, da je ste-

---

<sup>9</sup> Zakon o stečaju, član 30. stav 1.

<sup>10</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 108/2016 i 113/2016 – dr. zakon.

<sup>11</sup> Ljubiša Dabić: "Pojmovno određenje i svojstva slobodnih profesija", *Pravni život* br. 12/2008, str. 473–489.

<sup>12</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 9.

kao visoko obrazovanje, drugo, da je uspešno prošao stručnu obuku uključujući i završnu proveru znanja pred organizatorom stručne obuke, treće, da je imao najmanje trogodišnje iskustvo u vršenju procenjivanja vrednosti, četvrto, da je položio ispit za sticanje zvanja licenciranog procenitelja, peto, da mu nije izrečena zabrana izdavanja nove licence procenitelja, i šesto, da nije pravnosnažno osuđivan za krivična dela taksativno navedena u ovom zakonu. Pored ispunjenja navedenih uslova, zakonom propisani postupak za rešavanje zahteva za licencu obuhvatio je, i to: prvo, da se zahtev za izdavanje licence procenitelja podnosi nadležnom ministarstvu, drugo, da se uz zahtev prilaže ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti, i treće, da se dostavlja dokaz o plaćenju taksi za izdavanje licence. Dakle, sa gledišta teme ovog rada bitno je da se konstatuje da nije potpun zahtev za licenciranje procenitelja, ako se prethodno ne zaključi sa osiguravačem ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti procenitelja vrednosti nepokretnosti i ne priloži uz taj zahtev.

Sticanje svojstva licenciranog procenitelja propisano je u zavisnosti od toga kome krugu zainteresovanih lica pripada podnosilac zahteva za licencu. Naime, Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti stupio je na pravnu snagu 6. januara 2017. godine, a počeo je da se primenjuje 150 dana računajući od dana kada je stupio na snagu, tj. od 5. maja 2017. godine<sup>13</sup>. Zainteresovano lice, koje je s uspehom okončalo postupak za licenciranje procenitelja i na osnovu rešenja nadležnog ministra steklo licencu procenitelja vrednosti nepokretnosti, moglo je eventualno odmah posle 5. maja 2017. godine da otpočne sa vršenjem procene vrednosti nepokretnosti. Ovo je bio prvi krug najzainteresovanijih lica, koja su među prvima stekla ili mogla da steknu licencu procenitelja vrednosti nepokretnosti. Pored prvog kruga zainteresovanih, zakonom je predviđeno još nekoliko krugova zainteresovanih lica za licencu procenitelja.

U drugi krug zainteresovanih za svojstvo licenciranog procenitelja zakon je svrstao lica koja su već posedovala važeći sertifikat izdat od međunarodno priznate stručne organizacije za procenitelje. Za ova lica je predviđeno u zakonu da mogu da podnesu zahtev sa dokazima kojim bi potvrdili da su ispunili prva četiri uslova predviđena u napred citiranom postupku za licenciranje procenitelja, kao i da polože dopunske ispite posebno propisane u okviru postupka za licenciranje.

U treći krug zainteresovanih lica zakon je rasporedio sudske veštace odgovarajuće struke<sup>14</sup>, koji su to zvanje stekli u skladu sa važećim Zakonom o sudskim veštacima. Ti sudski veštaci odgovarajuće struke mogli su da nastave da vrše procenu vrednosti nepokretnosti u smislu ovog zakona samo do isteka roka od 18

<sup>13</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 50.

<sup>14</sup> Zakon o proceniteljima nepokretnosti, član 48. st. 1 i 2.

meseci računajući od 6. januara 2017. godine. Posle proteka toga roka, odnosno posle 6. jula 2018. godine, ti sudski veštaci mogli su da nastave da vrše procenu vrednosti nepokretnosti u skladu sa ovim zakonom, ali ako su u međuvremenu uspešno okončali postupak za licenciranje pred nadležnim ministarstvom i stekli svojstvo licenciranog procenitelja.

U četvrti krug zainteresovanih lica zakonodavac je svrstao sudske veštace, koji su to svojstvo ranije stekli i koji su na dan 31. decembra 2015. godine stekli naučnu titulu doktora nauka na teme taksativno navedene u ovom zakonu, s tim što su bili dužni da podnesu dokumentovan zahtev za licenciranje u roku od 90 dana od početka primene ovog zakona. Samo ovi sudski veštaci – doktori nauka oslobođeni su od obaveze ispunjenja svih uslova propisanih u postupku za licenciranje procenitelja iz ovog zakona (ukupno šest uslova). Za sva četiri kruga zainteresovanih lica zajedničko je da se, uz zahtev<sup>15</sup> nadležnom ministarstvu za sticanje licence, mora da podnese i ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti licenciranog procenitelja.

Dakle, zakonodavac je za sva zainteresovana lica za licenciranje procenitelja predvideo različite brojne i vrlo respektivne uslove za, što treba smatrati opravdanim s obzirom da se radi o novouvedenoj slobodnoj profesiji. Bez obzira na različite brojne i respektivne prethodne uslove, zakon je prema svakom od zainteresovanih za sticanje zvanja procenitelja ponovio da je dužan uz zahtev da podnese zaključen ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti.

Zakonodavac je osnovano propisao stroge uslove i prekluzivne rokove za sticanje zvanja licenciranog procenitelja vrednosti nepokretnosti. Nije samo postupak licenciranja procenitelja zahtevao od zainteresovanog lica primernu disciplinu u ispunjenju zakonskih obaveza. Primerna disciplina u ispunjenju zakonskih obaveza tražena je od procenitelja vrednosti nepokretnosti i posle sticanja licence. Najpre, zakonom je ustanovljeno pravno pravilo da se licenca izdaje procenitelju najmanje na tri godine.

Dalje, propisano je da se zahtev za obnavljanje licence može da podnese najranije 90 dana ili najkasnije 30 dana pre proteka roka važenja licence. Prekoračenje jednog od ta dva roka povlačilo je za sobom negativno rešenje ministra o obnavljanju licence. Uz zahtev za obnavljanje licence nadležnom ministarstvu propisano je da se mora podneti dokaz o pohađanju programa kontinuiranog profesionalnog usavršavanja, kao i dokaz o uplati takse. Uz zahtev za obnavljanje licence nadležnom ministarstvu mora biti podnet i – ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti licenciranog procenitelja. S tim u vezi treba ukazati da je nadležno ministarstvo ovlašćeno zakonom da oduzme licencu procenitelju ako se

---

<sup>15</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 12.

ne zaključi blagovremeno ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Dakle, obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti je važna komponenta zvanja procenitelja, kako kod sticanja, tako i kod produženja roka važenja licence procenitelja vrednosti nepokretnosti.

Zakonske odredbe o obliku dugoročnog obaveznog osiguranja čine predmet ovog rada u najužem smislu te reči. Licencirani procenitelj dužan je po zakonu da zaključi ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti – i to na period važenja od najmanje tri godine<sup>16</sup>. Drugim rečima, zakon je predvideo da se ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti može zaključiti na period važenja duži od tri godine, ali se ugovor ne može zaključiti na kraći period od tri godine. Zato ovaj oblik obaveznog osiguranja spada u dugoročna ili višegodišnja osiguranja. U vezi sa ovom zakonskom novinom propisano je još jedno pravno pravilo kakvo nije predviđeno u zakonima, koji su predvideli oblike kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti. To pravno pravilo je obuhvatilo dužnost licenciranog procenitelja da primerak tog ugovora najmanje jednom godišnje dostavlja na uvid nadležnom ministarstvu. Ako se licencirani procenitelj ogluši o ovu dužnost, ministar ima pravo da tom procenitelju oduzme licencu. Iz navedenih zakonskih pravila proizilazi da je zakonodavac predvideo stalnu i kontinuiranu kontrolu ovog oblika dugoročnog obaveznog osiguranja procenitelja vrednosti nepokretnosti.

Zakon je propisao oblasti u kojima je neophodna procena vrednosti nepokretnosti, ali i oblasti u kojima je potrebna ta procena. U oblast u kojoj je potrebna<sup>17</sup> procena vrednosti nepokretnosti zakon je svrstao zaključenje ugovora o kreditu obezbeđenih hipotekom i zaključenje drugih poslova finansijskih institucija obezbeđenih hipotekom. Kod utvrđivanja vrednosti nepokretnosti u postupku stečaja, saglasno Zakonu o stečaju, kao i kod prodaje nepokretnosti u postupku van-sudskog namirenja, saglasno zakonu kojim se uređuje hipoteka, zakon je propisao da je neophodna<sup>18</sup> procena vrednosti nepokretnosti. Ugovori zaključeni u dvema oblastima u kojima je zakon predvideo da je neophodna procena vrednosti nepokretnosti, ako te procene vrednosti nepokretnosti nije vršio licencirani procenitelj, prema zakonu ti ugovori se smatraju ništavim<sup>19</sup>. U navedenim dvema oblastima procene vrednosti licencirani procenitelj je obavezno morao da vrši procenu vrednosti nepokretnosti, a u slučaju da ih nije vršio, javni beležnik ili drugi zakonom ovlašćeni organ za overu ili zaključivanje ugovora, dužan je da odbije vr-

<sup>16</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 12 st. 1, 2 i 3.

<sup>17</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 3. stav 1. tač. 1.

<sup>18</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 3. stav 1. tač. 2 i 3.

<sup>19</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 3. stav 2.

šenje službene radnje. Pored toga licencirani procenitelj je mogao da vrši procene vrednosti nepokretnosti koje su predmet u prometu nepokretnosti, zatim koje su predmet izvršenja u izvršnom postupku, najzad u poslovima masovne procene vrednosti u vezi sa utvrđivanjem vrednosti nepokretnosti upisanih u katastar nepokretnosti. Iz sumarnog prikaza poslova procene vrednosti nepokretnosti, koje po ovom zakonu vrši samo licencirani procenitelj, može da se zaključi da su u pitanju vrlo složeni, odgovorni i osetljivi poslovi pravnog prometa.

Konkretizacija zakonskog oblika dugoročnog obaveznog osiguranja može se najbolje u osiguravajućoj praksi sagledati kroz opšte uslove osiguranja, koje utvrđuju osiguravači. U Uslovima osiguranja<sup>20</sup> vodećeg osiguravača u Srbiji je predviđeno da se ovo osiguranje zaključuje na neodređeno vreme ili na određeno vreme na period od jedne ili više godina, uz godišnji obračun premije osiguranja. Pri tome, Opšti uslovi su propisali da se ovo osiguranje ne može zaključiti na period kraći od godinu dana. Dalje, Opšti uslovi su istakli da je osiguravač<sup>21</sup> u obavezi samo ako osigrani slučaj nastane za vreme važenja osiguranja, pod uslovom da je odštetni zahtev podnet u roku od tri godine od saznanja oštećenog za štetu, a u svakom slučaju do isteka roka od pet godina od kada je šteta nastala. Po mišljenju potpisnika ovog rada konkretizacija zakonski propisanog oblika dugoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti procenitelja u izloženim Opštim uslovima zaslužuje podršku licenciranih procenitelja, kao slobodne profesije. Ovo stoga što su navedene odredbe Opštih uslova formulisane u skladu sa rešenjima osiguranja od profesionalne odgovornosti u uporednom pravu<sup>22</sup>.

Za složene, odgovorne i osetljive poslove, koje obavljaju za potrebe pravnog prometa licencirani procenitelji, zakon je posebno propisao sumu osiguranja. Naime, zakonom<sup>23</sup> je predviđeno da godišnja suma osiguranja za ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti procenitelja iznosi najmanje 50.000 evra u dinarskoj protivvrednosti. Drugim rečima, licencirani procenitelj može da ugovori sa osiguravačem ovaj oblik dugoročnog osiguranja na duži rok od tri godine, a može i da ugovori sumu osiguranja veću od 50.000 evra u dinarskoj protivvrednosti. Dakle, zakonom su predviđeni period važenja od najmanje tri godine za zaključen ugovor o ovom osiguranju i godišnja suma osiguranja od najmanje 50.000

---

<sup>20</sup> Kompanija Dunav osiguranje a. d.o. : "Uslovi za osiguranje profesionalne odgovornosti procenitelja vrednosti nepokretnosti", primenjuju se od 2. marta 2017. godine (u daljem tekstu: Opšti uslovi).

<sup>21</sup> Opšti uslovi, član 11 stav 4.

<sup>22</sup> Dimitra Kourmatzis: "Professional Liability Insurance Coverage in Common and Civil Law Jurisdictions", *Revija za pravo osiguranja*, br. 3–4/2009, 32–40.

<sup>23</sup> Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, član 12 stav 4.

evra u dinarskoj protivvrednosti za ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti procenitelja.

Prema Opštim uslovima<sup>24</sup> suma osiguranja je gornja granica obaveze osiguravača po jednom osiguranom slučaju i ukupno za period pokrića i iznosi minimalno 50.000 evra u dinarskoj protivvrednosti. Suma osiguranja može da bude ugovorena u iznosu većem od minimalnog, uz plaćanje dodatne premije, predviđeno je u Opštim uslovima. Dalje, u Opštim uslovima je konstatovano da se posle nastanka osiguranog slučaja ili osiguranih slučajeva i isplate odštete, suma osiguranja iscrpljuje u celosti, a osiguranje prestaje da važi. U Opštim uslovima je navedeno da agregatna suma osiguranja predstavlja ukupnu obavezu osiguravača za ceo ugovoreni period osiguranja, odnosno ona predstavlja gornju granicu obaveze osiguravača za sve osigurane slučajeve nastale u toku perioda osiguranja. Prema Opštim uslovima agregatna suma osiguranja se iscrpljuje, odnosno umanjuje se za iznos svake pojedinačno isplaćene naknade iz osiguranja. Posle iscrpljenja agregatne sume osiguranja u celosti, osiguranje prestaje da važi, zaokružen je stav osiguravača u Opštim uslovima.

Dakle, iz citiranih odredaba Opštih uslova postaje jasno da ugovor o dugoročnom osiguranju od profesionalne odgovornosti procenitelja može prestati da važi i pre isteka ugovorenog roka, pa postaje još značajnija zakonska dužnost procenitelja da najmanje jednom godišnje dostavlja nadležnom ministarstvu primerak ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Na taj način nadležno ministarstvo vrši stalan nadzor nad poslovnom delatnošću u pogledu procene vrednosti nepokretnosti, a u isto vreme ono vrši kontrolu postojanja osiguravajućeg pokrića za svakog procenitelja vrednosti nepokretnosti pojedinačno.

#### ZAKLJUČAK

Ocenjujemo da dva oblika kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika po osnovu Zakona o stečaju iz 2009. godine (sa svim izmenama i dopunama), kao i oblik dugoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti procenitelja vrednosti nepokretnosti po osnovu Zakona o proceniteljima vrednosti nepokretnosti iz 2016. godine i opštih uslova osiguranja vodećeg osiguravača u Srbiji zaslužuju podršku.

Zakon o stečaju je jedan od retkih zakona u Srbiji u kome su predviđena za istu vrstu posla osiguranja dva oblika kratkoročnog obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika, što ga je svrstalo među savremene oblike obaveznog osiguranja u Srbiji.

---

<sup>24</sup> Opšti uslovi, član 8 st. 1, 2, 3 i 4.

Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti konstituisao je procenitelja vrednosti nepokretnosti, kao novu slobodnu profesiju. Odredbe tog zakona i opštih uslova osiguranja, koje su regulisale period od najmanje tri godine na koji se zaključuje ugovor o obaveznom osiguranju i najniži godišnji iznos sume osiguranja, omogućile su adekvatno osiguravajuće pokriće za procenitelja vrednosti nepokretnosti.

SLOBODAN ILIJIĆ, LL.M.,  
Member of the Presidency of Lawyers  
Association of Serbia

## CONTEMPORARY FORMS OF COMPULSORY INSURANCE IN SERBIA

### Summary

This paper considers forms of compulsory insurance, according to the current legislation and general policy conditions in the Republic of Serbia. The Law on Bankruptcy from 2009 (with all amendments to the Law) foresees two forms of short-term compulsory insurance for professional liability insurance of the bankruptcy trustee. One form of a long-term compulsory professional liability insurance is foreseen in the Law on Real Estate Valuers from 2016. It is considered that short-term insurance is one which is conducted for one year or less, and long-term insurance is one which is conducted for a period of over a year. Short-term insurance is considered to be one-year or shorter, and long-term insurance is one-year insurance. The first part of this paper presents the characteristics of two forms of compulsory insurance from the professional liability of the bankruptcy trustee. The focus of the second part of the paper was on the constitution of a new freelance profession in Serbia, foreseen by the Law on Real Estate Valuers and on the introduced form of long-term compulsory professional liability insurance of the real estate valuers.

*Key words:* form of compulsory insurance; bankruptcy trustee; real estate valuer





SARITA OLEVIĆ

## **PRAVNO-ORGANIZACIONI ASPEKTI POVERAVANJA POSLOVA TREĆIM LICIMA U OSIGURANJU**

*Tržište osiguranja u Republici Srbiji je pravno i organizaciono uređeno jednim brojem zakonskih i podzakonskih akata, uključujući i propise donete od strane Narodne banke Srbije (NBS), među kojima posebno mesto imaju odluke kojima se uređuje zakonitost obavljanja delatnosti osiguranja, odluke koje se odnose na vršenje nadzora nad sektorom osiguranja, kao i odluke kojima se pojednostavljaju propisi i implementiraju zahtevi u cilju pravne usklađenosti.*

*U radu su, u svetlu dalje modernizacije pravno-organizacionog okvira, analizirane odredbe aktuelnih propisa, polazeći od osnovnog zakona kojim se reguliše ova važna delatnost, a to je Zakon o osiguranju, a zatim i drugih podzakonskih akata koji uvode i uređuju poveravanje poslova trećim licima.*

*Imajući u vidu da je radi stvaranja jedinstvenog evropskog tržišta osiguranja Evropska unija donela niz direktiva kojima se želi uspostaviti harmonizacija propisa o osiguranju, u radu se analizira stepen ostvarenog procesa usklađivanja sa propisima i pravom EU u smislu harmonizacije i liberalizacije tržišta osiguranja posebno u smislu usklađivanja i poveravanja poslova trećim licima.*

*Propisi omogućavaju (predviđaju) i donošenje odgovarajućih Odluka, koje sadrže smernice budućih ugovora i ugovornih odnosa.*

*Ugovor koji reguliše ovu oblast poslužio je u ovom radu kao studija slučaja.*

*Ključne reči: pravno-organizacioni aspekti, ugovor o poveravanju poslova trećim licima, solventnost II, sistem upravljanja, procena rizika*

---

Sarita Olević, viši savetnik Kompanije "Dunav osiguranje" a.d.o.; član Nadzornog odbora Udruženja za pravo osiguranja Srbije.

## U V O D

U vreme promena koje globalizacija donosi u pogledu poslovanja, sa značajnim brzim napretkom informacione tehnologije, kada nagli tehnološki razvoj donosi prednosti u život savremenog osiguranika, ali i prisutnost rizika čije pogrešno sagledavanje i procena mogu izazvati štete većih razmera, outsorsing je postao interesantna tema u sektoru osiguranja kao i celom finansijskom sektoru. Izvorno, termin outsorsing znači da se prilikom poslovanja koriste eksterni izvori, odnosno resursi. U vremenu modernog poslovanja velike korporacije outsorsinguju svoje poslove i ovakav način poslovanja u pravnom prometu postaje sve zastupljeniji. Od kompanija se očekuje da se prilagođavaju okruženju i neprestalno evoluiraju, a u cilju stvaranja povoljnijih uslova kojima mogu unaprediti svoju produktivnost u sektoru osiguranja.

Razvoj svetske privrede u proteklom periodu uslovio je i doveo do razvoja i prosperiteta osiguravajućih društava kao privrednih subjekata. Kako se društva za osiguranje svrstavaju u institucionalne investitore na finansijskom tržištu, činjenica je da imaju značajnu ulogu u održavanju finansijske stabilnosti a samim tim i u privrednom sistemu svake zemlje, te je usklađivanje sa evropskom regulativom neminovnost i u današnje vreme potreba.

Primenom različitih strategija u fazama planiranja, organizovanja i kontrole podiže se efikasnost i efektivnost društva za osiguranje u dostizanju ciljeva, posebno u uslovima poveravanja obavljanja tih poslova trećim licima. U celini uzev, reč je o veoma važnoj oblasti koja doprinosi savremenom funkcionisanju privrede i građana, kao i društva u celini.

## POVERAVANJE POSLOVA TREĆIM LICIMA

### *Pravni okvir u Republici Srbiji*

Pravni okvir poveravanja poslova trećim licima je u Republici Srbiji regulisan Zakonom o osiguranju i podzakonskim aktima koje je donela Narodna banka Srbije. Usklađivanje domaće regulative izvršeno je donošenjem Zakona o osiguranju 2014. godine i podzakonskih akata donetih na osnovu ovog zakona u koji su implementirani pojedini zahtevi II stuba Solventnosti II. Saglasno Zakonu o osiguranju "Narodna banka Srbije propisuje način uređivanja sistema upravljanja u društvu za osiguranje, uslove za poveravanje pojedinih poslova trećim licima, kao i način vršenja nadzora nad obavljanjem poverenih poslova od strane pružaoca usluge"<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14, čl. 147, st. 3.

Narodna banka Srbije u skladu sa Zakonom o osiguranju<sup>2</sup> i Zakonom o NBS<sup>3</sup> u svojstvu regulatornog tela koje vrši nadzor nad poslovanjem osiguravajućih društava, nakon donošenja Zakona o osiguranju a u cilju otklanjanja manjkavosti, razvoja i uređenja pitanja od značaja za delatnost osiguranja je donela niz Odluka<sup>4</sup>, dok je Uredbu donela Vlada Republike Srbije<sup>5</sup>. U paketu donetih odluka od strane Narodne banke Srbije (ukupno 14) pored Odluke o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje donete su i sledeće odluke: Odluka o adekvatnosti kapitala za osiguranje/reosiguranje, Odluka o uslovima i načinu vršenja nadzora nad poslovanjem društva za osiguranje, Odluka o sticanju zvanja i usavršavanju ovlašćenog aktuara, Odluka investiranju sredstava osiguranja i dr.<sup>6</sup>

Narodna banka Srbije je donela i propise iz oblasti supervizije informacionog sistema finansijske institucije i propise iz oblasti kontrole poslovanja banaka, koji sadrže i definišu poglavlja o poveravanju poslova trećim licima. Reč je Odluci o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije i Odluci o upravljanju rizicima banke, o kojima će kasnije biti više reči.

U Srbiji u svetlu dalje modernizacije, u postupku usklađivanja raste značaj ugovora o poveravanju poslova. Novinama koje je doneo Zakon o osiguranju iz 2014<sup>7</sup>. godine, regulativa Republike Srbije se približava regulativi EU sa dozom straha od primene zahteva regulatornog okvira<sup>8</sup> prema domaćim osiguravajućim društvima.

Definisanje pojma poveravanja poslova trećim licima i razmatranje pravnih aspekata pojma rizik, predstavlja izazov. Pri određivanju definicije autor je mišljenja da se treba rukovoditi načinom na koji se određuje pravna definicija osiguranja. Poveravanje poslova trećim licima treba posmatrati kao “pravni odnos u kome učestvuju određena lica, sa određenim pravima, obavezama i odgovornostima”<sup>9</sup>

---

<sup>2</sup> Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14.

<sup>3</sup> Zakon o NBS, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005, – dr. zakon, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – odluka Ustavnog suda i 44/2018.

<sup>4</sup> Strategija za implementaciju Solventnosti II u Republici Srbiji, *Narodna banka Srbije*, Beograd, 2018, str. 6.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14.

<sup>8</sup> Z. Đurić, Z. Jovanović, “Izazovi u primeni direktive o solventnosti II u Srbiji”, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 4, Beograd, 2015, str. 13.

<sup>9</sup> P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Univerziteta, Centar za publikacije, Beograd, 1997, str. 24.

U svetlu dalje liberalizacije i modernizacije, pojam poveravanja poslova trećim licima se u zakonskoj regulativi Srbije prvi put uređuje u postupku usklađivanja i uspostavljanja harmonizacije na tržištu osiguranja, u okviru Direktive Solventnost II<sup>10</sup>, koja je počela da se primenjuje početkom 2016. godine u Evropskoj uniji.

Primenom zakonskih odredbi društvo za osiguranje je dužno da obezbedi postojanje i funkcionisanje sistema upravljanja, koji se usklađuje s veličinom i organizacionom strukturom društva, obimom aktivnosti i vrstama osiguranja koje društvo obavlja<sup>11</sup>.

### *Povezanost sa Direktivom o solventnosti II*

U Srbiji je sektor osiguranja u ekspanziji i predstavlja segment koji pripada finansijskom sektoru, a po značaju i važnosti se nalazi odmah do banarskog. Pravila koja uređuju delatnost osiguranja dovela su do okvira koji se približava sektoru osiguranja u Evropskoj uniji. Glavni cilj evropskog procesa integracija je uspostavljanje jedinstvenog tržišta osiguranja.

Direktiva Solventnost II uvodi okvir baziran na poboljšanju regulative u osiguranju i zamenjuje 13 postojećih direktiva osiguranja Evropske unije. Postepenim usvajanjem režima Solventnost II u Srbiji, analiziraju se poslovne performanse osiguravajućih društava u smislu sposobnosti upravljanja rizicima, kao i sposobnost zakonodavstva da izvrši reforme i postavi snažne zakonske regulative. Solventnost II nameće obavezu društvima za osiguranje u domenu boljeg sagledavanja svojih internih funkcija.

Poveravanje obavljanja poslova trećim licima predstavlja značajan segment i tema je vredna pažnje, posebno imajući u vidu Solventnost II i samu primenu okvira. Naime, u skladu sa Direktivom o solventnosti II "uslovi u vezi sa poveravanjem obavljanja poslova predstavljaju deo Stuba II o kvalitativnim obavezama, koji obuhvata uslove u vezi sa sistemom upravljanja, čiji su deo".<sup>12</sup>

Direktiva o solventnosti II definiše poveravanja obavljanja poslova kao "Sporazum zaključen u bilo kom obliku između društva za osiguranje ili društva za reosiguranje i pružaoca usluga, bez obzira da li podleže nadzoru, na

---

<sup>10</sup> Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance, *Official Journal of the European Union*, EU.

<sup>11</sup> Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14, čl. 147, st. 2.

<sup>12</sup> A. Hurk "Solventnost II, poveravanje obavljanja poslova i unutrašnje tržište", *Pravo i praksa osiguranja-tekuća pitanja i budući izazovi*, 20 Konferencija udruženja za pravo osiguranja Srbije, Palić, april 2019, str. 55.

osnovu kojeg pružalac usluga obavlja proces, uslugu ili posao, bilo direktno ili podpoveravanjem obavljanja poslova koji bi, u protivnom, obavilo društvo za osiguranje ili društvo za reosiguranje”<sup>13</sup> Direktiva o Solvensnosti II okreće društva za osiguranje da se orijentiraju ka riziku kao ključnom procesu, što podrazumeva identifikaciju, analizu i evaluaciju svih rizika osiguravajućih društava.<sup>14</sup>

Postojećim propisima kojima se uređuje delatnost osiguranja u Republici Srbiji, stvoreni su preduslovi za značajno napredovanje sektora osiguranja i približavanja na nivou razvoja Evropske unije. U svetlu dalje modernizacije i harmonizacije propisa, ozbiljne promene regulatornog okvira kad govorimo o nadzoru delatnosti osiguranja, očekujemo sa usklađivanjem propisa i primenom Solventnosti II.<sup>15</sup>

#### ODLUKA O SISTEMU UPRAVLJANJA U DRUŠTVU ZA OSIGURANJE/REOSIGURANJE

##### *Teorijsko pravna analiza*

Odluka o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje /reosiguranje<sup>16</sup> (u daljem tekstu:Odluka) doneta 2015. godine, jedna je od 14 donetih odluka od strane Narodne banke Srbije, kojom su u domaći pravni sistem “implementirani kvalitativni zahtevi Solventnosti II koji obuhvataju ključne funkcije (upravljanje rizicima, sistem internih kontrola, aktuarska funkcija i interna revizija)”<sup>17</sup>. Ovom odlukom je u domaćoj zakonskoj regulativi, u sektoru osiguranja prvi put uređeno pitanje poveravanja poslova trećim licima. Odluka je dopunjena 2018. godine i propisuje način uređenja sistema upravljanja, vrste rizika, uslove i način identifikacije, merenje kao i upravljanje tim rizicima, uslove i načine uređivanja i

---

<sup>13</sup> Direktive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *Official Journal of the European Union*, čl. 13, st. 28, citirano prema A.Hurk “Solventnost II, poveravanje obavljanja poslova i unutrašnje tržište” zbornik radova, *Pravo i praksa osiguranja-tekuća pitanja i budući izazovi*, 20 Konferencija udruženja za pravo osiguranja Srbije, Palić, april 2019, str. 55.

<sup>14</sup> F. Kuhnhausen, “Direktiva o solventnosti II-status quo i koraci napred”, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 3, Beograd, 2016, str. 50.

<sup>15</sup> Narodna banka Srbije-Sektor za nadzor nad obavljanjem delatnosti osiguranja, *Sektor osiguranja u Republici Srbiji – izveštaj za drugo tromesečje 2019. godine*, Narodna banka Srbije, Beograd, 2019, Zaključak, str. 15.

<sup>16</sup> Odluka o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2015 i 29/2018.

<sup>17</sup> Strategija za implementaciju Solventnosti II u Republici Srbiji, *Narodna banka Srbije*, Beograd, 2018, str. 6.

sprovedenje internih kontrola i uslove za poveravanje poslova trećim licima<sup>18</sup>, što se *de facto* obezbeđuje primenom principa srazmernosti.

Društvo za osiguranje ugovorom može poslove iz delatnosti osiguranja poveriti pružaocu usluga - trećem licu, i to pravnom ili fizičkom licu "ako bi se time smanjili troškovi poslovanja društva, odnosno povećao kvalitet obavljenih poslova, uzimajući u obzir načelo proporcionalnosti"<sup>19</sup> Proporcionalnost u kontekstu upravljanja rizikom podrazumeva korišćenje unutrašnjih ili spoljašnjih resursa u smislu ekspertskih znanja u ovoj oblasti, poveravanja poslova trećim licima i njihovo obavljanje izvan društva za osiguranje. Tokom procesa upravljanja rizikom koji je *de facto* i *de iure* u vezi sa sistemom internih kontrola, vodi se računa ne samo o intezitetu i kvantitetu, već se uzima u obzir i njegov kvalitet, koji se uvodi skupom sofisticiranih pravila.<sup>20</sup> Pri izboru pružaoca usluga posebno se vodi računa o kvalifikacijama koje poseduje pružalac usluga kao i na potrebnu osposobljenost za poslove koji mu se poveravaju, posebno na mogućnost davanja upustava u vezi sa poveravanjem poslova. Potrebno je da pružalac usluga poseduje poslovno tehničke kapacitete, koji se ogledaju u finansijskoj stabilnosti, broju stručnog kadra (visoko kvalifikovanih zaposlenih), kao i broju klijenata za valjano obavljanje poverenih poslova .

Saglasno oblasti delovanja Odlukom se propisuje da poveravanje poslova ne sme dovesti do posledica koje bi ugrozile prava korisnika usluga osiguranja što bi dovelo do ugrožavanja poslovanja društva, čime bi se narušio kvalitet upravljanja, što nadzor nad poslovanjem društva čini težim ili nemogućim. Ove okolnosti dovode do sukoba interesa pružaoca usluge i društva za osiguranje, te je jasno da sa takvim posledicama društvo za osiguranje ne može izvršiti poveravanje poslova. Funkcija poveravanja poslova trećim licima mora biti uspostavljena kako bi društvo za osiguranje moglo obavljanje neke od svojih poslovnih funkcija poveriti trećem licu.

Pri izboru pružaoca usluga kome se poveravaju poslovi, društvo za osiguranje posebno vodi računa da li će kvalitet pružene usluge zadovoljiti potrebe i očekivanja korisnika usluge osiguranja, da li može obezbediti kontinuitet poslovanja, kao i mogućnost prekida ili prestanka poveravanja

<sup>18</sup> Odluka o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2015 i 29/2018, str. 1.

<sup>19</sup> *Ibidem*, str. 13.

<sup>20</sup> J. Rokas, "Direktiva EU 2009/138 o osnivanju i vođenju poslova osiguranja i reosiguranja-opšti uvid u pravni okvir Solventnost II", *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 1, Beograd, 2017, str. 62.

poslova što dovodi do obaveze društva da razmotri sve radnje i potrebno vreme za izlazak iz takve situacije.

Obaveza društva za osiguranje pri izboru pružaoca usluga kod poveravanja poslova trećim licima a koja ima osnov u samoj Odluci je sačinjavanje internog akta koji će urediti postupak poveravanja poslova i upustva kojeg će se pridržavati zaposleni koji rade na ovim poslovima, kao i same organizacione jedinice – inicijatori poveravanja poslova. Odluka propisuje da je “društvo dužno da postupak u vezi poveravanja poslova uredi internim aktom, koji barem sadrži: 1) razloge i kriterijume za poveravanje poslova, 2) postupak donošenja odluke o poveravanju poslova, 3) način procene rizika povezanih s poveravanjem poslova, 4) postupak detaljne analize i način izbora pružaoca usluga, 5) način upravljanja ugovornim odnosom s pružaocem usluga, 6) način praćenja izloženosti rizicima i način izveštavanja članova uprave društva o tome, 7) zadatke i odgovornosti organizacionih jedinica ili lica zaduženih za nadzor nad poverenim poslovima i za upravljanje njima, 8) postupanje društva u slučaju prevremenog prestanka ugovornog odnosa, odnosno nemogućnosti ispunjenja ugovornih obaveza”<sup>21</sup>. Iz samog značaja ove obaveze proizilazi da učesnici u ovom pravnom poslu moraju posedovati određena znanja i iskustva. Društvo za osiguranje prilikom sačinjavanja internog akta vodi računa o svim elementima koji su od značaja i koji se moraju sprovesti da bi poveravanje poslova trećim licima bilo valjano sa aspekta zakonske regulative o čemu ćemo govoriti u delu zaljučenja ugovora i ispunjenje/neispunjenja ugovornih odredbi, posebno u delu ispitavanja/ocene rizike u vezi poveravanjem poslova.

Odluka propisuje i postupak obaveštavanja. Rok od 30 dana pre zaključenja ugovora je zapravo rok u kome se obaveštava Narodna banka Srbije o poslovima koje društvo namerava da poveri, dok je rok od 15 dana dat za obaveštavanje kada dolazi do promene poslova koje je društvo poverilo pružaocu usluge, poštujući i primenjujući rezultate procene rizika koji prethode samom sačinjavanju predloga ugovora.

### *Problemi u praksi*

Imajući u vidu značaj samog poveravanja poslova u društvima za osiguranje, sprovodeći direktnu primenu odredbi koje propisuje Odluka, u praksi dolazimo do većeg broja značajnih pitanja povodom obaveza društva za osiguranje da obavesti NBS o planiranom poveravanju poslova, pojavljuju se dileme i pitanja:

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, str. 14. tač. 36.

Da li je obaveštenje zapravo traženje saglasnosti za zaključenje pravnog posla? Šta kada NBS zatraži dodatnu dokumentaciju u roku koji neposredno prethodi zaključenju ugovora? Da li se ponovo dostavlja nacrt ugovora sa izmenjenim datumom zaključenja ukoliko je istekao datum prvobitno naveden kao dan zaključenja ugovora? Primenjujući Odluku u praksi dolazimo do pitanja da li NBS daje saglasnost na ovakve pravne poslove i na koji način? Takođe, nije jasno rešeno pitanje kontrole od strane regulatornog tela i pored istaknutog značaja ovog pravnog posla. NBS zadržava pravo da u svakom trenutku može izvršiti kontrolu i nadzor nad delatnošću u sektoru osiguranja.

Ovde se postavlja pitanje: šta NBS kao organ nadzora konkretno kontroliše tokom vršenja nadzora? U skladu sa odredbama Zakona o osiguranju NBS tokom vršenja nadzora ocenjuje: "1) zakonitost obavljanja delatnosti osiguranja; 2) primenu sistema upravljanja u društvu; 3) primenu pravila o upravljanju rizikom; 4) primenu pravila struke osiguranja i aktuarske struke, i 5) primenu pravila dobrih poslovnih običaja i poslovne etike"<sup>22</sup>

Bilo bi potrebno da Udruženje osiguravača Srbije sačini smernice radi boljeg razumevanja i primene Odluke, gde će definisati primere poveravanja poslova trećim licima do kojih se najčešće dolazi u praksi a sve u cilju pomoći osiguravajućim društvima. Finansijske institucije su korak napred i ovo pitanje su rešile tako što je Udruženje banaka Srbije sačinilo Listu<sup>23</sup> primera aktivnosti koje banka poverava trećim licima. Lista sadrži primere aktivnosti sa opisom poslova koje banka poverava trećem licu i o kojima izveštava NBS, o kojima ne izveštava NBS i primere aktivnosti koji mogu biti predmet izveštavanja NBS ali i ne moraju, a sve u cilju boljeg razumevanja aktivnosti koje banka poverava treći licima i rizicima koji nastaju po ovim aktivnostima. Sačinjavanjem ovakve Liste i jasnim grupisanjem poslova olakšano je razumevanje u delu koji reguliše poveravanje poslova, olakšavajući i prepoznavajući poslove koji se poveravaju a podležu obavezama definisanim u Odlukama.

U daljem postupku usklađivanja zakonske regulative treba otkloniti sve prepreke i manjkavosti sa kojima se u praksi susrelo. Dalje, razraditi obaveze i odgovornosti kako društva za osiguranje tako regulatornog nadzornog organa.

<sup>22</sup> Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14, čl. 13, st. 2.

<sup>23</sup> Lista primera aktivnosti koje se poveravaju trećim licima u smislu Odluke o upravljanju rizicima banke, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2913 – dr. odluka, 43/2013 i 92/2013) i Odluke o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2013, 103/2013.



ODLUKE FINANSIJSKIH INSTITUCIJA  
U VEZI SA POVERAVANJEM POSLOVA TREĆIM LICIMA

*Odluka o minimalnim standardima upravljanja  
informacionim sistemom finansijske institucije*

Na poveravanje poslova trećim licima u društvima za osiguranje/reosiguranje primnjuje se i Odluka o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije<sup>24</sup>, kojom se utvrđuju standardi i uslovi stabilnog i sigurnog poslovanja koji se odnose na upravljanje informacionim sistemima u finansijskim institucijama, kao i minimalni standardi za upravljanje kontinuitetom poslovanja i oporavak aktivnosti u slučaju katastrofa. Pitanje poveravanja aktivnosti u vezi sa informacionim sistemom trećim licima regulisano je u VIII poglavlju, tač. od 40. do 49. "Poveravanje aktivnosti u vezi sa informacionim sistemom se smatraju sve aktivnosti koje obuhvataju obradu, čuvanje ili pristup podacima kojima raspolaže finansijska institucija a odnose se na njeno poslovanje, kao i aktivnosti razvoja i/ili održavanja glavnih poslovnih aplikacija"<sup>25</sup> Važna obaveza osiguravajućeg društva, koju ova odluka uvodi odnosi se na prethodni postupak, u kome se ispituje zakonska regulativa i propisi države u kojoj posluje pružalac usluge, radi utvrđivanja mogućnosti obavljanja kontrole poslovanja koja se odnose na poveravanje poslova od strane NBS, posebno ako se usluge/aktivnosti pružaju izvan Republike Srbije.

Odluka propisuje i način kontrole od strane NBS, koja može u postupku nadzora ukoliko utvrdi da postoje propusti od strane pružaoca usluga "naložiti finansijskoj instituciji da raskine ugovor o poveravanju aktivnosti zaključen sa pružaocem usluga"<sup>26</sup>

Saglasno odredbi tačke 42. stav 1, pod 1 Odluke o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije koju je donela Narodna banka Srbije, propisana je obaveza finansijske institucije da pre donošenja odluke o svakom poveravanju aktivnosti, utvrdi da li propisi države u kojoj pružalac usuga posluje omogućuju Narodnoj banci Srbije nesmetano vršenje kontrole u delu koji se odnosi na obavljanje poverenih aktivnosti ili je u vezi sa tim aktivnostima.<sup>27</sup> Ovom Odlukom je dalje propisano da se Narodnoj banci Srbije omogući vršenje neposredne kontrole u prostorijama pružaoca

---

<sup>24</sup> Odluka o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2013, 113/2013 i 2/2017.

<sup>25</sup> *Ibidem*, str. 14.

<sup>26</sup> *Ibidem*, str. 18.

<sup>27</sup> *Ibidem*, str. 15.

usluga, odnosno tamo gde se aktivnosti koje su poverene i obavljaju, kao i nismetan pristup dokumentaciji. Pružalac usluga može drugom licu poveriti aktivnosti samo u slučaju kada je finansijska institucija u predviđenom roku od 30 dana a pre davanja neophodne saglasnosti, obavestila Narodnu banku Srbije o nameravanom poveravanju aktivnosti.

### *Odluka o upravljanju rizicima banke*

Odluka o upravljanju rizicima banke, propisuje rizike koji nastaju po osnovu aktivnosti koje je banka poverila trećim licima<sup>28</sup>. Pored dužnosti banke i uslova koje mora ispuniti pružalac usluga, odluka propisuje još jednu dužnost, da ugovor na osnovu koga se vrši poveravanje aktivnosti, kao i pripadajuće anekse ugovora, u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora, odnosno aneksa, banka iste dostavi Narodnoj banci Srbije<sup>29</sup> Odluka propisuje obavezu banke da u slučaju raskida ugovora odmah o tome obavesti Narodnu banku Srbije. Ovu značajnu obavezu obaveštavanja NBS o raskidu ugovora, prehodne dve odluke ne sadrže.

Odluka propisuje da svaki ugovor zaključen sa pružaocem usluga treba da sadrži odredbu kojom se “pružalac usluga obavezuje da omogući banci, spoljnom revizoru i Narodnoj banci Srbije blagovremeni i neograničeni pristup dokumentaciji i poverenim aktivnostima”, kao i odredbu “koja omogućava da banka jednostrano raskine ugovor ukoliko to naloži NBS u skladu sa tim nalogom”.<sup>30</sup>

Odgovornost banke u vezi sa aktivnosti koje je poverila trećem licu je propisana odlukom. Narodna banka Srbije u postupku kontrole kao najrigorozniju meru može naložiti banci da raskine ugovor o poveravanju aktivnosti, ostavljajući primeren rok ukoliko utvrdi da učesnici nisu postupali u skladu sa Odlukom.

Analizirajući donete Odluke u postupku usklađivanja koje regulišu poveravanje poslova/aktivnosti trećim licima dolazi se do zaključka da pri poveravanju poslova odnosno aktivnosti treba primenjivati odredbe sve tri odluke u delovima koji regulišu predmetnu materiju. Dalje, proizilazi da određeni poslovi ne podležu poveravanju poslova, kao npr: usluge oglašavanja, čišćenja, nabavka roba, softvera koji su dostupni na tržištu, usluge koje se odnose na telekomunikacione infrastrukture i dr., što znači da iako je definicija povera-

---

<sup>28</sup> Odluka o upravljanju rizicima banke, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013 – dr. odluka, 43/2013, 92/2013, 33/2015, 61/2016, 103/2016, 119/2017 i 76/2018.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*, str. 48.

vavanja poslova šire data, ne može se svako obavljanje usluge podvesti pod okvir definicije poveravanja poslova trećim licima.

#### RIZICI POVEZANI S POVERAVANJEM POSLOVA

Zakon o osiguranju u odeljku koji definiše Upravljanje rizicima propisuje način upravljanja rizikom: “Društvo za osiguranje je dužno da identifikuje, procenjuje i meri rizike kojima je izloženo u svom poslovanju i da upravlja ovim rizicima primenom kvalitativnog i kvantitativnog načina upravljanja”<sup>31</sup>

Društva za osiguranje tokom obavljanja svoje delatnosti izložena su sledećim rizicima:

“1. riziku osiguranja; 2. tržišnom riziku; 3. riziku neispunjenja obaveze druge ugovorne strane; 4. riziku likvidnosti, 5. operativnom riziku, 6. pravnom riziku i drugim značajnim rizicima”<sup>32</sup>

Poveravanje obavljanja poslova ne sme da poveća rizike društva za osiguranje ili da negativno utiče da društvo ispuni svoje zakonske obaveze i obaveze prema nadzornom organu utvrđene Zakonom o osiguranju i donetim odlukama od strane NBS.

Prilikom zaključenja ili izmene ugovornih odredbi treba razmotriti u kom obimu profil rizika društva za osiguranje i poslovna održivost mogu biti pogođeni zaključenjem ugovora o poveravanju poslova. U kontekstu navedenog treba razmotriti i sposobnost pružaoca usluga da ispunjava odredbe pozitivnih zakona i podzakonskih akata.

Poveravanje poslova trećim licima uspostavlja se zaključenjem Ugovora između društva za osiguranje i lica-pružaoca usluga kome se poslovi poveravaju.

Zaključenju ugovora a u skladu sa zakonskom regulativom prethodi razmatranje i procena rizika<sup>33</sup> u vezi sa poverenim poslovima. Organizacione jedinice u osiguravajućim društvima nadležne za procenu rizika daju svoje mišljenje I ocenu rizika konkretnog pravnog posla koji se poverava. U skladu sa odlukom “društvo je dužno da pri sklapanju ugovora o poveravanju poslova sa

---

<sup>31</sup> Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14, čl. 150, st. 1.

<sup>32</sup> Odluka u sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2015 i 29/2018, str. 2.

<sup>33</sup> Poveravanje obavljanja poslova u skladu sa Odlukom o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2015 i 29/2018 a u vezi sa Odlukom o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2013, 113/2013 i 2/2017, može biti povezano sa sledećim rizicima: “ rizik neizvršenja ili delimičnog izvršenja ugovorne obaveze, rizik likvidnosti, rizik reputacije, rizik kvaliteta izvršenja ugovorne obaveze, rizik otkrivanja poverljivih informacija, rizik informacionog sistema”.

pružaoцем usluga uzme u obzir rizike povezane s poveravanjem poslova, kao i obim i složenost tih poslova”<sup>34</sup> Vrste rizika, njihovo praćenje i upravljanje istim u osiguranju propisuje Narodna banka Srbije podzakonskim aktima na osnovu kojih se i sprovodi procena rizika.

#### SADRŽINA I PRAVNA ANALIZA UGOVORA O POVERAVANJU POSLOVA TREĆIM LICIMA

Ugovor koji se zaključuje sa pružaoćem usluga reguliše međusobna prava i obaveze ugovornih strana i sadrži sve bitne elemente koji se odnose na poveravanje poslova ili aktivnosti trećim licima. “Ugovor je zaključen kada su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora”<sup>35</sup> U pitanju je dvostrani pravni posao u kome učestvuju dva pravna lica koja stvaraju uzajamne obaveze. Osnov za zakljućenje ugovora nalazimo u Zakonu o obligacionim odnosima, Zakonu o osiguranju i donetim podzakonskim aktima u postupku usklađivanja na tržištu osiguranja, kao i internim aktima samog društva koji bliže definišu poveravanje poslova trećim licima. Ugovor se sačinjava u pismenoj formi i njegova sadržina stranke obavezuje od momenta potpisivanja.

Primenjujući zakonsku regulativu da predmet mora biti jasno preciziran i određen, u samom predmetu se navodi detaljan opis poslova ili aktivnosti koje se poveravaju, kao i način ispunjenja ugovornih obaveza. Imajući u vidu važnost poslova koji se poveravaju a neophodni su u postupku obavljanja delatnosti, prava i obaveze ugovornih strana se jasno definišu, posebno period trajanja ugovora u kom roku za pružaoća usluge nastaju mnogobrojne obaveze sa aspekta poveravanja poslova. Element ugovora je i zahtev društva za osiguranje, vezan za nivo i kvalitet obavljanja usluge.

Smatra se da je jedna od ključnih poslovnih inicijativa moderne osiguravajuće kuće uspostavljanje kvalitetne infrastrukture za pravovremeno i tačno sagledavanje poslovanja, planiranje i donošenje pravih poslovnih odluka.

Kao što smo naveli predmet ovih ugovora je značajan sa aspekta delatnosti osiguravajućeg društva (implementacija i nadogradnja rešenja za pro-daju određenog proizvoda korisnicima usluge osiguranja putem interneta, angažovanje asistentskih kuća koje poseduju kadrovski i tehnički potencijal i opremljenost za pružanje kvalitetnih i efikasnih usluga korisnicima osiguranja, reša-

---

<sup>34</sup> Odluka o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2015 i 29/2018, str. 14.

<sup>35</sup> Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, čl. 26.

vanje odštetnih zahteva, razvoj softverskih sistema za podršku i prodaju različitih proizvoda osiguranja i dr.), i u skladu sa time ugovor sadrži klauzule koje definišu prava i obaveze ugovornih strana radi omogućavanja kontinuiteta poslovanja, kao i postupanja društva za osiguranje kod neadekvatnog pružanja usluge od strane pružaoca usluge.

Nakon procene izloženosti rizicima, prilikom sačinjavanja Ugovora o poveravanju poslova trećem licu sagledava se mogućnost nastavka obavljanja aktivnosti u slučajevima prestanka pružanja usluga i u vezi sa tim se u tekst implementira klauzula koja podrazumeva strategiju izlaznog plana, odnosno izlazne strategije u slučaju nastupanja događaja koji dovodi do prekida ispunjenja ugovornih obaveza od strane pružaoca usluga, precizirajući rok koji se smatra dovoljnim za realizaciju i preuzimanje od ugovornog partnera svih neophodnih aktivnosti u cilju nastavka kontinuiteta pružanja usluge koja je ugovorena.

Saglasno proceni rizika finansijskih gubitaka ugovorom se za slučaj neispunjenja ugovornih obaveza ugovara menično obezbeđenje za dobro izvršenje ugovornih obaveza. Može se ugovoriti i bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja koja može da se aktivira u slučaju neispunjenja ugovornih obaveza i predstavlja bolje finansijsko obezbeđenje od menica.

Ugovorom se predviđaju penali i nadoknada u slučaju neispunjenja ugovornih obaveza. Npr. u slučaju neopravdanog kašnjenja u izvršenju usluge koju pruža lice kome se poveravaju poslovi ako do kašnjenja dođe isključivo njegovom krivicom, dužan je platiti društvu za osiguranje ugovornu kaznu čija visina se određuje u zavisnosti od vrednosti poverenog posla računajući svaki dan zakašnjenja do konačnog izvršenja ugovorne obaveze.

Ekspertsko znanje i specifično znanje u oblasti finansijskog sektora, dodatno umanjuju procenjeni rizik neizvršenja ili delimičnog izvršenja ugovornih obaveza.

Rizik otkrivanja poverljivih informacija nameće obavezu ugovornim stranama da ugovore klauzule o poverljivosti. Prilikom izbora pravnog lica kome se poveravaju poslovi važno je da postoje stroga pravila čuvanja podataka i svih poverljivih dokumenata koja se proveravaju.

U cilju daljeg smanjenja rizika otkrivanja poverljivih informacija u Ugovoru se implementiraju klauzule koje se odnosi na primenu odredbi Zakona o Informacionoj bezbednosti<sup>36</sup> i odredbi koje se odnose na zaštitu podataka o ličnosti<sup>37</sup>, s obzirom da prilikom zaključenja i ispunjenja prava i obaveza iz ugovora može doći do prikupljanja i obrade informacija kao i razmene podataka o ličnosti između ugovornih strana. U slučaju angažovanja podizvođača za obavljanje poslova,

---

<sup>36</sup> Zakon o informacionoj bezbednosti, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016 i 94/2017.

<sup>37</sup> Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

pružalac usluga će obavezati podizvođača da poštuje i primenjuje odredbe Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, koji predstavlja prevenciju od moguće zloupotrebe dostupnih podataka.

Svaki ugovor u skladu sa Odlukom sadrži klauzulu, po kojoj se pružalac usluga obavezuje da NBS omogući obavljanje kontrole na lokaciji pružanja usluge, kao i pristup dokumentima koji se odnose na poverene poslove.

Ugovor sadrži klauzulu koja se odnosi na raskid ugovora kao i na posledice raskida u slučaju kada jedna od ugovornih strana ne ispunjava svoje ugovorne obaveze, u kom slučaju može svaka strana u razumnom roku jednostrano raskinuti ugovor. Strana koja raskida ugovor dužna je u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima obavestiti drugu stranu o svojoj nameri bez odlaganja. U otkaznom roku strane su dužne izmirivati svoje obaveze nastale do trenutka jednostranog raskida ugovora.

Kod ovakvih vrsta ugovora razloge za raskid treba taksativno navesti kao i proceniti vremensko određivanje otkaznog roka (30, 60, 90 dana) u skladu sa samim predmetom ugovora i njegovim značajem za samo društvo i obavljanje delatnosti, a prvenstveno imajući u vidu obaveze ugovornih strana da obezbede izlaznu strategiju i kontinuitet poslovanja. Otkazni rok se računa od dana prijema pisanog obaveštenja o raskidu ugovora, uz obavezu izmirenja dospelih potraživanja. Raskidom ugovora saglasnošću ugovornih strana ne gubi se pravo na naknadu štete.

Ugovori o poveravanju poslova trećim licima podležu reviziji i izveštaji se dostavljaju Izvršnom i Nadzornom odboru, u skladu sa internim aktom društva za osiguranje.

#### OBAVEŠTAVANJE NADZORNOG ORGANA

Primenjujući odredbe Odluke o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje<sup>38</sup>, društvo je dužno da u roku od 30 dana pre nameravanog zaključenja ugovora o poveravanju poslova trećim licima obavesti Narodnu banku Srbije o poslovima koje namerava da poveri pružaocu usluga, odnosno u roku od 15 dana o svakoj promeni poslova, pre te promene.

Obaveštenje sadrži: osnovne podatke o pružaocu usluga/podizvođaču, odluku nadležnog organa u društvu za osiguranje o poveravanju poslova, detaljan opis poslova koji se poverava, obaveze koje pružalac usluga dužan da ispuni, rok

---

<sup>38</sup> Odluka o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2015 i 29/2018.

na koji se poslovi poveravaju, rezultate procene, nacrt ugovora o poveravanju poslova.

Kod poveravanja aktivnosti primenjuju se odredbe Odluke o minimalnim standardima finansijske institucije, koja propisuje da Obaveštenje pored elemenata iz prethodnog stava sadrži i “rezultate analize potencijalnog pružaoca usluga, izlaznu strategiju o proceni moguće poteškoće i vreme potrebno za izbor drugog pružaoca usluga, ili mogućnost nastavka obavljanja tih aktivnosti unutar finansijske institucije u slučaju prestanka pružanja ugovorenih usluga, kao i da u vezi sa tim donese izlaznu strategiju, dokaz da propisi države u kojima pružalac usluga posluje omogućavaju NBS da nesmetano vrši neposrednu kontrolu poslovanja ako pružalac usluga ima sedište izvan Republike Srbije”<sup>39</sup>

Od dana dostavljanja obaveštenja Narodnoj banci Srbije, počinje da teče rok od 30, odnosno 15 dana. Istekom predviđenog roka stiže se neophodan uslov za zaključenje Ugovora o poveravanju poslova trećim licima .

Narodna banka Srbije kao regulatorno telo koje vrši nadzor nad poslovima osiguranja, uvidom u dostavljeno obaveštenje sa propisanom dokumentacijom, ukoliko smatra da su evidentni nedostaci u vezi bilo koje odredbe koja definiše razloge i kriterijume za poveravanje poslova, način procene rizika povezanih sa poveravanjem poslova, odredbe koje uređuju način upravljanja ugovornim odnosom sa pružaocem usluga i same sadržine ugovora, dopisom će zatražiti dodatnu dokumentaciju i pojašnjenja u ostavljenom roku.

Društvo za osiguranje je dužno da postupi u skladu sa zahtevima Narodne banke Srbije, poštujući ostavljene rokove za postupanje.

U kontekstu navedenog društvo za osiguranje ostaje u potpunosti odgovorno za donete odluke kojima je svoje poslove poverilo trećem licu. Primenjujući direktivu o Solventnosti II društvo za osiguranje samostalno vrši procenu da li bi poveravanje poslova uticalo i dovelo do povećanog rizika u društvu i da li bi pruženom uslugom kranji korisnici usluga osiguranja bili zadovoljni.

## ZAKLJUČAK

U postupku usklađivanja, u pravilima kojima se uređuje delatnost osiguranja u Republici Srbiji, došlo je do približavanja sektoru osiguranja u Evropskoj uniji, implementirajući određene odredbe Solventnosti II u naš regulatorni okvir. Dalji postupak usklađivanja zahteva analizu na domaćem tržištu osiguranja i u skladu sa Strategijom za implemetaciju u Republici Srbiji predviđen je fazno. Prva

---

<sup>39</sup> Odluka o minimalnim standardima upravljanja informacionim sistemom finansijske institucije, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2013, 113/2013 i 2/2017, str. 17.

faza koja se odnosila na analizu usklađenosti je završena i pred nama su druga i treća faza. U okviru procene efekata implementacije planirano je sprovođenje dve kvantitativne studije uticaja. Kad govorimo o usklađivanju regulatornog okvira u Srbiji za obavljanje poslova osiguranja i reosiguranja planirane su izrade nacrti i dopuna Zakona o osiguranju i podzakonskih akata koji će regulisati ovu materiju. Potpuna implementacija u domaćem zakonodavstvu zbog svoje kompleksnosti zahteva duži vremenski period i očekuje se da bude završena do 2021. godine. Sve promene su složene, zahtevaju vreme i sredstva koja društva za osiguranje moraju obezbediti i predstavljaju veliki izazov u postupku usklađivanja sektora osiguranja, posebno za osiguravajuća društva koja u prethodnom periodu nisu imala dovoljan ni adekvatan pristup kompleksnoj materiji poveravanja poslova trećim licima .

Može se konstatovati da stupanjem na snagu Direktive o solventnosti II čiji je osnovni cilj obezbeđenje zaštite korisnika osiguranja i veća stabilnost tržišta osiguranja, uslovi kojima se poveravanje poslova definiše dobijaju na značaju, te je sam postupak poveravanja poslova u društvima za osiguranje i reosiguranje postao kompleksniji i složeniji. Mehanizmi u smislu uvođenja standarda u proces donošenja odluka kao i utvrđivanje lične odgovornosti, doveli bi do smanjenja eventualnih posledica po samo društvo za osiguranje a u vezi poveravanje poslova trećim licima .

Iz analize podzakonskih akata koja regulišu materiju poveravanja poslova i aktivnosti trećim licima, koja je sprovedena u radu, proizilazi da su i dalje brojni izazovi, da je ključni zadatak da se suviše odredbe u zakonskoj regulativi identifikuju i uklone kako bi se uskladili propisi, što bi i u praksi dovelo do ujednačavanja i otklanjanja nedostataka.

SARITA OLEVIĆ  
Senior Associate, Legal Affairs Function,  
Dunav Insurance Company j.s.c.;  
Member of the Supervisory Board  
of the Association for Insurance Law of Serbia

## LEGAL AND ORGANISATIONAL ASPECTS OF OUTSOURCING INSURANCE ACTIVITIES TO THIRD PARTIES

### Summary

The insurance market in the Republic of Serbia is legally and organisationally regulated by a number of legal acts and by-laws, including regulations adopted by the National Bank of Serbia



(NBS), among which decisions regulating the legality of performing insurance business, decisions relating to exercising supervision of the insurance sector, as well as decisions simplifying regulations and implementing requirements for legal compliance. In terms of further modernization of the legal and organisational framework, the paper analyses the provisions of current regulations, starting with the basic law governing this important business activity, namely the Insurance Law, and other by-laws that introduce and regulate the outsourcing of business activities to third parties. Having in mind that in order to create a single European insurance market, the European Union has adopted a series of directives aiming to harmonize insurance regulations, the paper analyses the degree of harmonization with the EU law and legislation in terms of harmonization and liberalization of the insurance market, especially in terms of harmonization and outsourcing to third parties. The regulations also enable (envisage) the adoption of appropriate Decisions, which contain guidelines for future contracts and contractual relationships. The contract regulating this area served in this paper as a case study.

*Key words:* legal and organizational aspects, contract on outsourcing to third parties, Solvency II, management system, risk assessment



MILJAN SEKULOVIĆ

## OSIGURANJE IMOVINE SA OSVRTOM NA SPORNA PITANJA U SUDSKOJ PRAKSI

*Osiguranje imovine predstavlja široku oblast u kojoj se susrećemo sa štetama na pokretnim i nepokretnim stvarima, koje su osigurane od različitih vrsta rizika. Predmet ovog rada će biti tumačenje nekih odredbi Zakona o obligacionim odnosima kojima se uređuje ova oblast, a koja u praksi izazivaju ili mogu izazvati određene nedoumice (aktivna legitimacija, svrha osiguranja imovine, sprečavanje osiguranog slučaja i spasavanje, šteta prouzrokovana nedostacima osigurane stvari i prava nosioca zaloge), te ukazivanje na rešenja iz sudske prakse.*

Ključne reči: *osiguranje, imovina, šteta*

### INTERES OSIGURANJA

Osiguranje imovine može zaključiti svako lice koje ima interes da se ne dogodi osigurani slučaj, pošto bi inače pretrpelo neki materijalni gubitak. Pravo potraživanja naknade štete po polisi osiguranja mogu imati samo lica koja su u času nastanka štete imala materijalni interes da se osigurani slučaj ne dogodi.<sup>1</sup>

Cilj osiguranja imovine je da se pruži zaštita licu koje je stvarno pretrpelo štetu, odnosno da se osiguraniku naknadi šteta koja je nastala na osiguranoj imovini usled nastupanja osiguranog slučaja, a pravo da potražuje naknadu štete po

---

Miljan Sekulović, viši pravni zastupnik Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd, master pravnik.

<sup>1</sup> Čl. 924. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO) "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ" 31/93" i Sl. list SCG", br. 1/2003 – ustavna povelja.

polisi osiguranja može da ima samo ono lice koje je svoj interes osiguralo. Dakle, svako lice koje ima materijalni interes da se osigurani slučaj ne dogodi a ne samo vlasnik stvari može da zaključi ugovor o osiguranju i ostvaruje prava iz osiguranja pod određenim uslovima.

Interes osiguranja se sastoji u potrebi obezbeđenja ekonomske zaštite od određenog rizika putem naknade iz osiguranja, odnosno potrebi da se narušena ravnoteža u imovini osiugranika putem osiguranja ponovo uspostavi. Interes mora biti materijalni, mora da se odnosi na neku ekonomsku vrednost koja se može proceniti u novcu i mora biti moguć – odnosno pravno dozvoljen, tako se npr. ne mogu osigurati naprave za kovanje lažnog novca, zalihe psihoaktivnih supstanci i druge stvari čije je posedovanje zabranjeno zakonima Republike Srbije.<sup>2</sup> Različita lica se mogu pojaviti kao nosioci interesa u odnosu na stvar koja je izložena riziku. Na prvom mestu, to je, svakako, vlasnik stvari, međutim lica koja bi mogla pretrpeti neki materijalni gubitak su i nosioci drugih stvarnih prava na osiguranoj stvari: poput zalogoprimca, plodouživaoca, zakupca, čuvara stvari, izvođača radova i dr.

Naknadu štete po polisi osiguranja imovine prema aktuelnom tumačenju zakonskih odredbi mogu ostvariti samo sledeća lica: 1. vlasnik stvari, koji je osiugranik ili korisnik osiguranja kada su to različita lica<sup>3</sup>, 2. vlasnik kasniji pribavilac na koga su u smislu čl. 937. stav 1. ZOO-a po zakonu prešla prava iz Ugovora o osiguranju imovine<sup>4</sup>, 3. zakupac, ako se pojavljuje kao osiugranik, a vlasniku stvari je isplatio štetu koja je nastala kao posledica nastupanja osiguranog slučaja, ali ne može zakupac koji je Ugovor o osiguranju imovine zaključio za račun vlasnika stvari,<sup>5</sup> jer je tada vlasnik stvari korisnik osiguranja i lice koje ima pravo iz

<sup>2</sup> Slobodan Perović glavni redaktor, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga druga, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1503. (u daljem tekstu Komentar ZOO).

<sup>3</sup> U praksi postoje situacije kada je jedno lice zaključi Ugovor o osiguranju (Ugovarač osiguranja ili osiugranik) a drugom licu (korisniku osiguranja) osiguravač na osnovu ugovora o osiguranju isplaćuje naknadu štete. Dakle, korisnik osiguranja je lice koje nije ugovorna strana, nije obveznik plaćanja premije osiguranja, već samo dobija naknadu ako dođe do osiguranog slučaja- štete.

<sup>4</sup> Čl. 937, st. 1 ZOO U slučaju otuđenja osigurane stvari, kao i stvari u vezi sa čijom je upotrebom zaključeno osiguranje od odgovornosti, prava i obaveze ugovarača osiguranja prelaze po samom zakonu na pribavioca, osim ako drukčije nije ugovoreno.

<sup>5</sup> Iz obrazloženja: Neosnovani su žalbeni navodi da je tužilac Ugovor o osiguranju zaključio u svoje ime i za svoj račun zbog čega mu pripada naknada štete. Ovo sa razloga što je obaveza tužioca kao zakupca shodno čl. 6 Ugovora o zakupu bila da o svom trošku zaključi Ugovor o osiguranju imovine i lica sa osiguravajućim društvom a u slučaju da ne zaključi ugovor o osiguranju, dužan je da zakupodavcu nadoknadi svu štetu koju bi ovaj mogao imati po ovom osnovu, pa sledi da se radi o osiguranju za tuđ račun. (Presuda Privrednog apelacionog suda u Beogradu br. 5 PŽ 14017/10 od 21.12.2011. god.) iz arhive Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd

ugovora.<sup>6</sup> Ova podela štiti vlasnika stvari što i jeste pravično kada se gleda iz ugla vlasnika stvari, s obzirom da je vlasnik stvari taj koji je pretrpeo štetu. Međutim, smatram da to ne znači da pravo na naknadu štete po polisi osiguranja ne pripada i zakupcu ili nekom drugom licu koje je imalo neko stvarno pravo na osiguranoj imovini, ali pod uslovom da dokažu da su vršili ulaganja u oštećenu imovinu i da su nastankom osiguranog slučaja i onu pretrpeli štetu.

Imajući u vidu navedeno pre podnošenja tužbe ili izjašnjavanja na tužbu potrebno je proveriti aktivnu legitimaciju tužioca, tako što će se utvrditi ko je vlasnik osigurane stvari u trenutku nastupanja osiguranog slučaja, s obzirom da pored navedenih situacija treba imati u vidu i da u slučaju otuđenja osigurane stvari, prava i obaveze ugovarača osiguranja prelaze na pribavioca, dakle ugovarač osiguranja koji je u međuvremenu otuđio stvar nije aktivno legitimisan da zahteva isplatu osigurane sume.<sup>7</sup> Međutim, treba imati u vidu i da Ugovarač osiguranja koji je u međuvremenu otuđio stvar ili zakupac imaju pravo da potražuju naknadu štete po polisi osiguranja imovine i to pod uslovom kada bi vlasnik stvari koji ima prava iz osiguranja na to pristao.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> (Odgovori na pitanja privrednih sudova, utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, 03.11.2015.god., 04.11.2015. god. i 26. 1.2015. god. i na sednici Odeljenja za privredne presteupe i upravno-računske sporove, 30. 11. 2015. god.) preuzeto sa <https://pn2.propisi.net/?di=rp1009&dt=rp&dl=5529.8.2019.god>.

<sup>7</sup> Iz obrazloženja: Nesporno je da su parnične stranke bile u poslovnom odnosu po osnovu Ugovora o osiguranju iz člana 897. stav 1. i člana 901. Zakona o obligacionim odnosima, te da tužilac, kao tadašnji držalac sporne nepokretnosti jeste bio lice koje je imalo materijalni interes da se osigurani slučaj ne dogodi, te je samim tim bio i aktivno legitimisan za zaključenje ugovora o osiguranju u smislu člana 924. Zakona o obligacionim odnosima. Na pravilnost prvostepene odluke nisu ni od kakvog uticaja žalbeni navodi o tome da li je tužilac bio savestan, ili nesavestan držalac sporne nepokretnosti, kao ni navodi o činjenicama utvrđenim u vanparničnom postupku. Među strankama nije bilo sporno da se u konkretnom slučaju ne radi o ugovoru iz člana 905. Zakona o obligacionim odnosima, odnosno da u momentu zaključenja Ugovora o osiguranju tužilac isti nije zaključio u ime i za račun trećih lica, ovde umešača, već je isti zaključio u svoje ime i za svoj račun. Navedeno, međutim, nije od uticaja na njegovo pravo da mu se šteta isplati. Ovo stoga, što u smislu člana 937. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima u slučaju otuđenja osigurane stvari, prava i obaveze ugovarača osiguranja prelaze po samom zakonu na pribavioca, osim ako nije drugačije ugovoreno. Samim tim, iako Ugovor o osiguranju nije bio zaključen u ime i za račun vlasnika stvari, isti su po sili zakona postali nosioci prava iz zaključenog Ugovora o osiguranju nakon što je pravnosnažno utvrđeno njihovo vlasništvo na oštećenoj nepokretnosti. (Presuda Privrednog apelacionog suda, PŽ. 7279/14 od 24. 11. 2014). <https://pn2.propisi.net/?di=rp1009&dt=rp&dl=5529.8.2019.god>.

<sup>8</sup> Iz obrazloženja: U opisanoj situaciji pravilno je prvostepeni sud primenio materijalno pravo kada je tužbeni zahtev odbio. Prema čl. 905 st. 1. ZOO-a u slučaju osiguranja za tuđ račun ili za račun koga se tiče, obaveza plaćanja premije i ostale obaveze iz Ugovora dužan je izvršavati ugovarač osiguranja ali on ne može vršiti prava iz osiguranja, čak i kad drži polisu bez pristanka lica čiji je interes osiguran i kome ona pripada. U konkretnom slučaju nesporno je da je tužilac ugo-

U slučaju koji je bio inspiracija za ovaj rad tužilac nije bio vlasnik objekta već njegov zakupac. U toku postupka je od strane tuženog osiguravača, istaknut prigovor nedostatka aktivne legitimacije u delu potraživanja naknade štete na građevinskom objektu, tužilac je dostavio Ugovor o zakupu poslovnog prostora kao dokaz o aktivnoj legitimaciji, s obzirom da je ugovorom o zakupu bilo predviđeno da zakupac zaključi ugovor o osiguranju imovine i robe, međutim sud je postupio pravilno i prihvatio istaknut prigovor osiguravača i odbio tužbeni zahtev tužioca u tom delu.<sup>9</sup>

### SVRHA OSIGURANJA IMOVINE

Osiguranjem imovine obezbeđuje se naknada za štetu koja bi se desila na imovini osiguranika zbog nastupanja osiguranog slučaja.<sup>10</sup> Naknada štete po polisi osiguranja ne može biti veća od štete koju je osiguranik pretrpeo a ni veća od vrednosti osigurane imovine, bez obzira na visinu osigurane sume.<sup>11</sup> Međutim,

rač osiguranja a da je kao zakupac osigurao imovinu svog zakupodavca iz čega proizilazi da se radi o osiguranju za tuđi račun zbog čega pravo na naknadu štete ima vlasnik stvari. Nasuprot žalbenim navodima i u situaciji kada je Ugovor o osiguranju stvari zaključio zakupac zahtev za isplatu naknade iz osiguranja može podneti vlasnik stvari jer je on lice čiji je interes osiguran kako to propisuje čl. 905. st. 1 ZOO-a Pravo na naknadu štete bi u konkretnom slučaju imao i tužilac kao zakupac i ugovarač osiguranja ali samo ukoliko bi vlasnik osigurane stvari (zakupodavac) kao lice koje ima prava iz osiguranja na to pristao. U ovom slučaju vlasnik je naplatio štetu pa sledi da nije pristao da naknadu štete naplati tužilac. U tom smislu nema pogrešne primene čl. 924 ZOO-a koji predviđa koja lica imaju pravo iz osiguranja, jer je banka kao vlasnik oštećenih stvari, lice koje je u času nastanka štete imala materijalni interes da se osigurani slučaj ne dogodi. (Presuda Privrednog apelacionog suda u Beogradu br. 5 PŽ 14017/10 od 21.12.2011. god.) iz arhive Kompanija Dunav osiguranje a.d.o. Beograd.

<sup>9</sup> Iz obrazloženja: Osnovan je prigovor nedostatka aktivne legitimacije na strani tužioca koji se odnosi na deo tužbenog zahteva koji se odnosi na potraživanje naknade štete po polisi osiguranja građevinskog objekta od požara i nekih drugih opasnosti. Naime kako je predmet tužbenog zahteva zahtev za naknadu štete, to je aktivno legitimisano lice koje je štetu pretrpelo. Imajući u vidu da tužilac nije vlasnik predmetnog objekta, već zakupac istog, a da isti nije pružio nijedan dokaz da je vršio, u kom iznosu i kada isplate popravke na oštećenom objektu, to proizilazi da isti nije aktivno legitimisan u delu tužbenog zahteva kojim traži isplatu štete na građevinskom objektu, jer da bi bio aktivno legitimisan za ovaj deo tužbenog zahteva potrebno je da je tužilac pretrpeo štetu u vidu umanjenja njegove imovine a što tužilac nije dokazao. (Presuda Privrednog suda u Novom Sadu br. 1315/16 od 25.01.2019. god.) iz arhive Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd

<sup>10</sup> Čl. 925, st. 1 ZOO.

<sup>11</sup> U konkretnom slučaju parnične stranke bile su poslovnom odnosu po osnovu osiguranja imovine, a osnovna osobina ovog oblika osiguranja je da iznos naknade štete, bez obzira na osiguranu sumu, nikada ne može biti veći od štete koju je osiguranik pretrpeo nastupanjem osiguranog slučaja. Naime, u članu 925. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, predviđeno je da se osigura-

naknada štete može biti manja od visine stvarne štete, a to zavisi od: sume osiguranja koja predstavlja najveći mogući iznos koji je osiguravač dužan da isplati po osiguranom slučaju ili za ceo period osiguranja, da li je ugovoreno učešće osiguranika u šteti i Uslova osiguranja koji su sastavni deo polise osiguranja a u kojima su bliže opisani ostali faktori koji mogu da utiču na obračun naknade štete.<sup>12</sup> Prilikom postupanja česta je situacija da tužioci i sudski veštaci ignorišu Uslove osiguranja i obračunavaju stvarnu visinu štete koja je povoljnija za tužioca, iako je jasno da se radi o dobrovoljnom ugovoru o osiguranju, te da sena sporna pitanja pored odgovorajućih zakonskih odredbi moraju primeniti odredbe navedene u polisi osiguranja i Uslovi osiguranja osiguravajuće organizacije a na koje je tužilac pristao zaključenjem polise osiguranja.

U poslovnom odnosu po osnovu osiguranja imovine, bez obzira na visinu osigurane sume, iznos na koji osiguranik ima pravo ne može biti veći od obima štete koju je pretrpeo. Tako je u jednom slučaju tužilac potraživao naknadu štete na ime troškova koje je imao za angažovanje pravnog lica, radi uništavanja zaliha iz hladnjače koje su propale zbog nastanka osiguranog slučaja, međutim finansijskim veštačenjem je utvrđeno da je tužilac samo dobio predračun od pravnog lica koje se bavi uništavanjem zaliha ali da tužilac nije izvršio plaćanje po tom predračunu, te da predmetne zalihe iz hladnjače nisu preuzete od strane pravnog lica radi uništavanja. Sud je na osnovu navedenog utvrdio da tužilac nije pretrpeo štetu po ovom osnovu i odbio tužbeni zahtev u tome delu.<sup>13</sup>

---

njem imovine obezbeđuje naknada za štetu koja bi se desila u imovini osiguranika zbog nastupanja osiguranog slučaja, dok je stavom 2. istog člana predviđeno da iznos naknade ne može biti veći od štete koju osiguranik pretrpi nastupanjem osiguranog slučaja. U postupku je nesumnjivo utvrđenog da tužilac nije vlasnik oštećene nepokretnosti, iz čega dalje sledi da tužilac oštećenjem navedene nepokretnosti nikakvu materijalnu štetu nije ni pretrpeo. Do zaključenja glavne rasprave tužilac nije dostavio bilo kakve dokaze da je traženi iznos (kao trenutni držalac nepokretnosti u vreme nastanka štete) isplatio vlasnicima nepokretnosti, a na ime naknade štete, te stoga nije dokazao ni da je na ovaj način pretrpeo bilo kakvu materijalnu štetu. (Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 7279/14 od 24. 11. 2014) <https://pn2.propisi.net/?di=rp1009&dt=rp&dl=5529.8.2019.god>.

<sup>12</sup> Visina štete nije isključivi faktor od koga zavisi visina obaveze osiguravača. S obzirom da polisom osiguranja može da se ugovori učešće osiguranika u šteti-franšiza (bilo u fiksnom ili proporcionalnom iznosu), takođe u vrstama osiguranja u kojima se ugovara osigurana suma, gornja granica obaveze osiguravača predstavlja iznos osigurane sume i onda kada je ona manja od pretrpljene štete. V. str. 1506 Komentar ZOO.

<sup>13</sup> Iz obrazloženja: Tužilac zbog nedostatka novčanih sredstava nije izvršio plaćanje prema pretponudi, te kukuruz šećerac nije ni izmešten iz hladnjače, te nije osnovano potraživanje po navedenom iznosu, pa je sud odbio tužbeni zahtev u delu u kom je tužilac tražio da mu se isplati iznos od 4.192.704,00 din. (presuda Privrednog suda u Novom Sadu br. P 1315/16 od 25.01.2019. god.) iz arhive Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd.

Naš zakon ne govori o trenutku u kome se procenjuje visina stvarne vrednosti štete i njen odnos prema ugovorenoj vrednosti sume osiguranja. Da bi se došlo do pravilnog odnosa između prava i obaveza, praksa je zauzela stav koji se navodi i u Uslovima osiguranja osiguravajućih organizacija, da se materijalna šteta utvrđuje prema cenama u vreme nastupanja osiguranog slučaja i na taj dan se proverava da li je eventualno iscrpljena suma osiguranja.<sup>14</sup>

Na tužiocu je teret dokazivanja da je pretrpeo štetu na stvari koja je predmet osiguranja. Prilikom utvrđivanja visine štete problem u praksi često stvara činjenica da tužilac obično vrši obračun štete na način koji njemu više odgovara a koji nije u skladu sa Uslovima osiguranja osiguravajućih organizacija. Naime, tužilac obračuna štetu bez umanjjenja iste za amortizaciju i vrednost ostataka stvari koji nisu oštećeni ili amortizaciju utvrđuje u skladu sa pravilima koji ne odgovaraju pravom stanju stvari.<sup>15</sup>

Pod štetom nad osiguranom stvari se misli samo na štetu predviđenu polisom osiguranja i Uslovima osiguranja. Tako je u jednom slučaju tužilac po polisi osiguranja mašina od loma i nekih drugih opasnosti potraživao naknadu štete

<sup>14</sup> V. čl. 22 Opštih uslova osiguranja imovine, Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. <https://www.dunav.com/wp-content/uploads/2018/10/Opsti-i-posebni-uslovi-i-klausule-za-paket-Cuvar-kuce.pdf>2.9.2019.god.

<sup>15</sup> Iz obrazloženja: U pogledu maksimalne amortizacije objekta od 40% koje je našao veštak A. ističe da smatra da je to maksimalni procenat a što prihvataju i banke i Fond za razvoj i da bi procenat amortizacije veći od 50% bio opasan po život i zdravlje i iz navedenih razloga se vrši rekonstrukcija objekta nakon čega se uvećava vrednost ali se umanjuje amortizacija u procentima. Veštak B. sa Građevinsko-arhitektonskog fakulteta ne prihvata ovaj nalaz i navodi da ne postoji granica amortizacije kako je našao drugi veštak i da se eventualno može raditi knjigovodstvena amortizacija koja nema veze sa amortizacijom objekta u konkretnom slučaju. Naveo je da je građevinska vrednost objekta-vrednost potrebna da se objekat izgradi, a da tržišna vrednost može da bude veća, manja ili jednaka građevinskoj vrednosti, a veštak je imao u vidu građevinsku vrednost objekta. Veštak je prilikom izrade nalaza i mišljenja prvo obračunao vrednost novog objekta, odnosno koliko bi koštalo da se izgradi novi objekat, nakon toga je vrednost smanjio za 50% koliko smatra da je procenat štete, a nakon toga je štetu smanjio za 70% koliko smatra da je amortizacija navedenog objekta u odnosu na novi objekat, a koji objekat je investiciono i tehnički loše održavan, nakon toga je dobio ukupnu visinu štete, koja predstavlja štetu na objektu odnosno onoliko koliko šteta iznosi da bi se objekat vratio u stanje pre požara. Pri takvom stanju stvari sud je našao, imajući u vidu maksimalnu visinu obaveze tuženog kao osiguravača iz predmetne polise ali i odštetni karakter imovinskih osiguranja, da je potrebno utvrditi koliko konkretno iznosi šteta na osiguranom dobru tužioca nastupanjem osiguranog slučaja, a kroz novčani iznos potreban za njegovu reparaciju, kako bi se objekat doveo u stanje pre osiguranog slučaja, u odnosu na koju okolnost je proveden dokaz veštačenje od strane dva veštaka građevinske struke i prihvaćen je nalaz veštaka Građevinsko arhitektonskog fakulteta u Nišu. (presuda Privrednog suda u Zaječaru br. P 169/16 od 07.06.2018. god. potvrđena presudom Privrednog apelacionog suda br. PŽ4717/18 od 06.06.2019.god.) iz arhive Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd.



na elektromotoru kompresora i dostavio račun firme koja je izvršila popravku. U sudskom postupku je traženo da se firma koja je izvršila popravku izjasni koje su konkretno radove izvršili na predmetnom elektromotoru. Veštačenjem je utvrđeno da predmetna stvar nije pogonski oštećena, zato što nema mehaničkog loma elementa a statorski namotaji nisu u probouju, te da nije došlo do ostvarenja osiguranog rizika i da preduzete radnje predstavljaju redovan remont, odnosno preventivu pre ponovnog puštanja u rad nakon havarije koja se desila u sistemu. Na osnovu tog izjašnjenja veštaka sud je utvrdio da nije došlo do ostvarenja osiguranog rizika, te odbio tužbeni zahtev u tom delu.<sup>16</sup>

Pri utvrđivanju visine štete postoje situacije u kojima se uzima u obzir izmakla dobit. Međutim, po pravilu naknada ne obuhvata izmaklu dobit, tužilac ima pravo na nju samo pod uslovom ukoliko je posebno ugovorio osiguranje izgubljene dobiti.<sup>17</sup> Izmakla ili izgubljena dobit se u svakom slučaju mora dokazati a teret dokazivanja je na tužiocu.<sup>18</sup>

#### SPREČAVANJE OSIGURANOG SLUČAJA I SPASAVANJE

Obaveza osiguranika je da preduzme propisane, ugovorene i sve ostale mere potrebne da spreči nastupanje osiguranog slučaja a ukoliko osigurani slučaj nastupi, dužan je preduzeti sve što je u njegovoj moći da se ograniče njegove štete posledice.<sup>19</sup> U ovom slučaju je posebno potrebno obratiti pažnju na to kakvo je

---

<sup>16</sup> Iz obrazloženja: Sud je odbio tužbeni zahtev i u delu isplate iznosa 113.952,00 din. sa zsk od 02.09.2015. pa do isplate, na ime popravke elektromotora i laserskog centriranja motora, jer je tokom postupka utvrđeno da svi radovi koji su urađeni na elektromotoru, ukazuju na to da na elektromotoru nije bilo havarije, već da navedeni radovi predstavljaju redovno servisiranje a što nije ugovoreni osigurani rizik, koji je pokriven polisom osiguranja. (Presuda Privrednog suda u Novom Sadu br. P 1315/16 od 25.01.2019. god.) Iz arhive Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd.

<sup>17</sup> V. čl. 925 ZOO

<sup>18</sup> Iz obrazloženja: Prema odredbi člana 925. Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO) osiguranjem imovine obezbeđuje se naknada za štetu koja bi se desila u imovini osiguranika zbog nastupanja osiguranog slučaja, a to znači i stvarnu štetu, izraženu kroz nabavnu vrednost osigurane robe, ali i izgubljenu dobit koju tužilac mora dokazati. Tužilac upravo traži izgubljenu dobit, a prilikom utvrđivanja visine izmakle dobiti, shodno odredbi člana 189. ZOO, uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovnom toku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje sprečeno štetnikovom radnjom. Sledi da su odlučne činjenice u ovoj pravnoj stvari, imajući u vidu da tužilac potražuje naknadu izmakle dobiti, koji je to dobitak koji je tužilac mogao osnovano očekivati u pogledu robe koja je osigurana kod tuženog, a čije je ostvarenje sprečeno nastupanjem osiguranog slučaja, pri čemu je teret dokazivanja navedenih činjenica na tužiocu. (Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 2937/08(1) od 18.4.2008) <https://pn2.propisi.net/?di=rp1009&dt=rp&dl=5529.8.2019.god>.

<sup>19</sup> Čl. 926, stav 1 ZOO.

bilo ponašanje osiguranika pre nastupanja osiguranog slučaja, te da li je preduzeo sve preventivne mere da do osiguranog slučaja ne dođe i da li je nakon nastupanja osiguranog slučaja preduzeo mere kojima bi smanjio posledice. Naime, ukoliko se sumnja da osiguranik nije preduzeo sve mere koje su mogle da spreče nastanak osiguranog slučaja ili da smanje posledice nastalog osiguranog slučaja, na tuženom je teret dokazivanja ovih činjenica. Tako su u slučaju koji je više puta navođen u ovom radu a u kome je predmet spora bila šteta u hladnjači, izvedeni dokazi na okolnost da tužilac kao prvo, nije ispunio obaveze iz ugovora o osiguranju,<sup>20</sup> da se nije ponašao savesno<sup>21</sup> i da je postojala mogućnost smanjenja štetnih posledica<sup>22</sup>.

Osiguravač je dužan naknaditi troškove, gubitke kao i druge štete prouzrokovane razumnim pokušajem da se otkloni neposredna opasnost nastupanja osiguranog slučaja, kao i pokušajem da se ograniče njegove štetne posledice, pa i onda ako su ti pokušaji ostali bez uspeha.<sup>23</sup> Naknada koju je osiguravač dužan da isplati ne sastoji se samo u troškovima koji su nastali u svrsi sprečavanja ili spasavanja osigurane stvari nego i u drugoj šteti koja tim povodom može nastati, gubicima, oštećenjima, itd.<sup>24</sup>

Osiguravač ima pravo da smanji naknadu štete za onaj deo štete koji se prema redovnom toku stvari mogao sprečiti ili spasiti od strane osiguranika da je isti bio savestan. Dakle, potrebno je dokazati da postoji uzročna veza između nepostupanja osiguranika i nastale štete, odnosno da je tužilac namerno ili velikom nemarnošću povredio svoju obavezu. Ukoliko se utvrdi da bi šteta nastala u istom

---

<sup>20</sup> Nije posedovao rezervne rashladne kapacitete ili mogućnost urgentnog zakupa tuđeg rashladnog kapaciteta iako je to morao da ima prema čl. 2, st. 1, tač. 7. Uslova za kombinovano osiguranja zaliha u hladnjačama Kompanije Dunav osiguranje a.d.o., objavljeni u *Službenom listu Kompanije* br. 09/05, 46/14, 32/19.

<sup>21</sup> Tužilac je u toku postupka dostavio dva dopisa od dve hladnjače iz okruženja koje su izvestile pravno lice koje je imalo uskladištenu robu kod tužioca da nemaju slobodnih kapacitete za smeštanje robe tog pravnog lica, dok za ostalu robu tužilac nije dostavio dokaz da je tražio od drugih hladnjača da li imaju prostor za smeštanje, tuženi je u toku postupka pribavio podatak od treće hladnjače iz okruženja tužioca koja je u to vreme imala kapacitet da primi robu iz hladnjače tužioca.

<sup>22</sup> U toku postupka veštačenjem putem veštaka mašinske struke je utvrđeno da postoje dve firme u našoj zemlji koje se bave iznajmljivanjem agregata koji bi omogućio napajanje hladnjače dok se isto ne popravi, te da je u vreme nastupanja predmetnog događaja bilo moguće da se iznajme dizel električni agregati snage oko 400 kw sa pratećom opremom i da se obezbedi napajanje kompresora za hlađenje, te da bi iznajmljivanje koštalo maksimum oko 14-15.000,00 evra.

<sup>23</sup> Čl. 926, st. 2 ZOO.

<sup>24</sup> Komentar ZOO str. 1511.

obimu i da je tužilac preduzeo radnje za sprečavanje nastanka osiguranog slučaja ili spasavanje stvari, onda se ne primenjuje sankcija.<sup>25</sup>

#### ŠTETA PROUZROKOVANA NEDOSTACIMA OSIGURANE STVARI

Osiguravač ne odgovara za štetu na osiguranoj stvari koja potiče od njenih nedostataka, osim ako je drugačije ugovoreno.<sup>26</sup> Zakon ne daje bliže objašnjenje pojma nedostatka stvari. Smatra se u pravnoj teoriji da ovaj pojam treba shvatiti dosta široko tako da se njime obuhvataju i štete koje nastaju usled prirodnih svojstava stvari. To tumačenje se može prihvatiti s obzirom da je obično uslovima osiguranja imovine osiguravača, predviđeno da osiguravač ne duguje naknadu i kada je šteta nastala usled prirodnih svojstava stvari, kao npr. kod osiguranja mašina od loma gde osiguranje ne pokriva sve vidovi trošenja i habanja mašina ili kod osiguranja zaliha u hladnjačama gde osiguranje ne pokriva štetu nastalu zbog prirodnog kvarenja robe, bolesti (mikrobiološkog starenja i kontaminacije) i pojave plesni, i sl., dok može biti ugovoreno da osiguravač odgovara za rizik samozapaljenja zaliha ako su uskladištene po propisima ili iscurenje tečnosti odnosno gasova iz nepokretnih sudova – cisterni, cevovoda i sl. pod uslovom da tečnost iscuri zbog iznenadnog prskanja suda ili neočekivanog kvara na ugrađenim uređajima za ispuštanje i utakanje tečnosti i da do iscurenja nije došlo zbog dotrajalosti ili lošeg održavanja sudova-uređaja.<sup>27</sup> Na strani tužioca je teret dokazivanja da se ostvario osigurani rizik a na strani tuženog je teret dokazivanja da je do štetnog događaja došlo zbog nedostataka osigurane stvar. Međutim, da bi tužiocu pripala naknada štete potrebno je da dokaže da je šteta nastala isključivo od osiguranog rizika, a ako su do štete doveli i neki drugi faktori koji nisu osigurani onda nema osnova za naknadu štete.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, str. 1512.

<sup>26</sup> Čl. 930 ZOO.

<sup>27</sup> V. Komentar ZOO, str. 1517.

<sup>28</sup> Iz obrazloženja: S obzirom na činjenicu da je Uslovima za osiguranje predviđeno da se pod osiguranim slučajem smatra mehaničko oštećenje stvari zbog neposrednog dejstva oluje, to je i za nastanak osiguranog slučaja bilo neophodno dokazati da je do pada vodotornja upravo i došlo neposrednim dejstvom oluje, bez uticaja drugih kumulativno navedenih uzroka. Činjenica da je dan pre pada vodotornja duvao olujni vetar nije od uticaja na donošenje drugačije odluke jer je nalazima veštaka građevinske struke potvrđeno da isti nije bio neposredan uzrok pada vodotornja. Pravilno je prvostepeni sud utvrdio da nije nastupio osigurani slučaj i da je do pada vodotornja došlo kumulativnim dejstvom više nedostataka na samom vodotornju i pravilno je prvostepeni sud na utvrđeno činjenično stanje primenio i odrebu iz čl. 930. ZOO, kojom je propisano da osiguravač ne odgovara za štetu na osiguranoj stvari koja potiče od njenih nedostatak, osim ako je drugačije ugo-

DODELJIVANJE NAKNADE NOSIOCIMA ZALOGE  
I DRUGIH PRAVA

Na osiguranoj stvari neko treće lice može imati založno pravo ili neko drugo pravo koje može biti dovedeno u pitanje u slučaju gubitka, uništenja ili oštećenja te stvari. Zakonodavstvo štiti ova prava trećih lica na taj način što nalažu obavezu osiguravaču da naknadu iz osiguranja isplati njihovim titularima ili samo uz njihovu saglasnost osiguranicima. Lica koja su nosioci zaloge i drugih prava na osiguranoj stvari, na osnovu samog zakona stižu neposredno pravo na naknadu iz osiguranja i stupaju u direktan odnos prema osiguravaču od koga mogu da zahtevaju da im prema zakonskom redu dospelosti njihovih potraživanja, u granicama svote osiguranja, isplati naknadu u visini njihovih potraživanja. Pretpostavka za primenu ovog člana, čije su odredbe imperativne prirode, jeste saznanje osiguravača za postojanje tuđih stvarnih prava na osiguranoj stvari. Ukoliko osiguravač nije znao za postojanje tih prava on može punovažno da isplati naknadu osiguraniku.<sup>29</sup> Pošto zakon, za razliku od osiguranja lica<sup>30</sup>, ne predviđa mogućnost zalaganja polisa imovinskih osiguranja, lica koja imaju neko stvarno pravo na osiguranoj stvari mogu osiguravaču na neki drugi način da stave do znanja da pretenduju na naknadu iz osiguranja, u tu svrhu, upotrebljava se institut tzv. vinkulacije.<sup>31</sup> Vinkulacija predstavlja posebnu klauzulu u ugovoru o osiguranju kojim osiguranik u celosti ili delimično ustupa prava iz ugovora nekom trećem licu-korisniku osiguranja, a u praksi je to najčešće banka.

Dakle, pravo na isplatu sume osiguranja se može ugovoriti i banka, korisnik osiguranja, mogla bi zahtevati isplatu od osiguravača ako nastane osigurani slučaj. Ovo podrazumeva da sam osiguranik ne može tražiti nikakvu isplatu od osiguravača, ni po osnovu glavnog duga ni po osnovu kamate, sve dok ne izmiri svoje obaveze prema korisniku osiguranja – najčešće banci, ili ako ne pribavi izričitu saglasnost korisniku osiguranja – banke za takvu isplatu.<sup>32</sup>

---

voreno. (presuda Privrednog apelacionog suda u Beogradu Pž 5916/11 od 02.10.2013. god.) iz arhive Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. Beograd.

<sup>29</sup> Komentar ZOO, str. 1531.

<sup>30</sup> V. čl. 956 ZOO.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Iz obrazloženja: "Naime, vinkulacija polise osiguranja je ustupanje prava na isplatu sume osiguranja banci, u slučaju nastanka štete, odnosno osiguranog slučaja. Zakonom o obligacionim odnosima nije izričito predviđeno ovakvo ugovaranje, ali je u članu 938. regulisana slična situacija isplate naknade iz osiguranja drugome. Ovom odredbom je predviđeno da posle nastupanja osiguranog slučaja, založna prava i ostala prava koja su ranije postojala na osiguranoj stvari imaju za predmet dugovanu naknadu, kako u slučaju osiguranja sopstvene stvari, tako i u slučaju osiguranja

## ZAKLJUČAK

Osiguranje imovine je specifična oblast s obzirom da je imovina osigurana od različitih rizika i kada dođe do nastupanja osiguranog slučaja – štete uzroci su različiti i zahtevaju posebnu stručnost. Da bi se utvrdio uzrok štete i postojanje eventualnih propusta na strani osiguranika potrebno je da se u analiziranje uključe lica različitih struka kako bi se utvrdio tačan uzrok i okolnosti koje su dovele do nastanka štete. Postupci naknade štete po polisama iz osiguranja imovine ne vode se često pred sudom i ne postoji dovoljno sudske prakse, što ima za posledicu da sudovi prilikom vođenja postupka i donošenja presude imaju poteškoće sa primenom Uslova osiguranja osiguravajućih organizacija a koji su sastavni deo polise osiguranja po kojoj je nastala šteta. Cilj ovog rada je bio da se na neki način olakša postupanje u sporovima proisteklim iz polisa osiguranja imovine i da se ukaže na probleme koji se javljaju u praksi i na koji način isti treba da se reše.

---

tuđih stvari zbog obaveze njihovog čuvanja i vraćanja, te osiguravač ne može isplatiti naknadu osiguraniku bez saglasnosti nosilaca tih prava. Nosioci zaloge i drugih prava koja su ranije postojala na osiguranoj stvari mogu zahtevati neposredno od osiguravača da im u granicama svote osiguranja i prema zakonskom redu isplati njihova potraživanja. Dakle, u slučaju da na osiguranoj stvari postoji založno pravo banke, ona po samom zakonu ima pravo na isplatu sume osiguranja, bez obzira na to da li je ovo pravo bilo predviđeno ugovorom o kreditu. Ukoliko banka nema založno pravo na stvari osiguranika, pravo na isplatu sume osiguranja se može ugovoriti i banka bi mogla zahtevati isplatu od osiguravača ako nastane osigurani slučaj. Ovo podrazumeva da sam osiguranik ne može tražiti nikakvu isplatu od osiguravača, ni po osnovu glavnog duga ni po osnovu kamate, sve dok ne izmiri svoje obaveze prema banci, ili ako ne pribavi izričitu saglasnost banke za takvu isplatu. Imajući u vidu da su u konkretnom slučaju, po polisi osiguranja br. ... u delu koji se odnosi na građevinske objekte, zgradu sa kancelarijama i proizvodnu halu na placu, u ul. ...., u ... sva prava preneti (vinkulirana) na kreditora ... AD ..., te da je tuženi Banci po tom osnovu isplatio iznos od 5.183.365,00 dinara, dana 7, 10. i 12. 11. 2014. godine, na koje pojedinačne uplaćene iznose kamata obračunata od 21.8.2014. godine pa do isplate iznosi 88.150,68 dinara, 61.638,83 dinara i 36.616,44 dinara, odnosno ukupan iznos od 186.405,86 dinara, to po nalaženju ovog suda tužilac ne može zahtevati obračunatu kamatu sve dok ne izmiri svoje obaveze prema banci, ili ako ne pribavi izričitu saglasnost banke za takvu isplatu, a što tužilac tokom postupka nije dokazao. Stoga u ovom delu zahteva tužilac nije aktivno legitimisan da potražuje iznos od 186.405,86 dinara, sa kamatom, zbog čega je u ovom delu odbijen tužbeni zahtev tužioca kao neosnovan.” (Iz presude Privrednog apelacionog suda Pž 7595/16 od 28. 12. 2017)<https://pn2.propisi.net/?di=rp1009&dt=rp&dl=55> 29.8.2019.god.

MILJAN SEKULOVIĆ  
Master of Laws, senior legal consultant  
Dunav Insurance Company

PROPERTY INSURANCE WITH REFERENCE  
TO DISPUTES IN CASE LAW

Summary

Property insurance is a wide area in which we encounter damage to movable and immovable property, which are insured against various types of risks. The subject of this paper will be interpretation of some provisions of the Law on Obligations that govern this area, which raise or may cause certain doubts in practice (active legitimation, purpose of securing property, preventing insured event and salvage, damage caused by defects of insured item and lien holder rights) and pointing to case law practice.

*Key words:* insurance, property, damage

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

### OBAVEZE ARBITARA U MEĐUNARODNOJ TRGOVINSKOJ ARBITRAŽI

*Predmet rada predstavlja analiza obaveza arbitara u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. U uvodnom delu učinjen je pogled na pravni odnos između arbitara i strana u sporu uređen ugovorom koji se između njih zaključuje. Centralni deo analize posvećen je obavezama koje arbitar preuzima prihvatanjem svog imenovanja. U tom kontekstu, pažnja je usmerena na: a) osnovne obaveze koje se ogledaju u zahtevu da arbitar bude nezavisan i nepristrasan i da poštuje osnovna načela arbitražnog postupka i b) druge najznačajnije obaveze arbitra: dužna pažnja, efikasnost i poštovanje roka za donošenje arbitražne odluke, obaveza presuđenja spora, obaveza obaveštenja o mogućem sukobu interesa i obaveza poverljivosti. Nakon analize obaveza arbitara, razmatrane su moguće pravne posledice njihove povrede: poništaj arbitražne odluke, prestanak dužnosti arbitra i građanskopravna odgovornost arbitra. Analiza pomenutih pitanja učinjena je sa stanovišta odgovarajućih rešenja uniformnih pravila i nacionalnih zakona iz oblasti arbitraže, pravilnika vodećih arbitražnih institucija, kao i stavova doktrine i međunarodne sudske i arbitražne prakse.*

*Ključne reči: arbitar, obaveza, arbitraža, arbitražni ugovor, arbitražni postupak*

---

Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu na kome predaje međunarodno privredno pravo. Ovaj rad pripremljen je za 32. Susret Kopaoničke škole prirodnog prava. Prethodno je usmeno izlagan na 27. Savetovanju sudija privrednih sudova Republike Srbije u septembru 2019. i štampan u radnom materijalu ovog Savetovanja (Privredni apelacioni sud, Radni materijal II, Beograd, 2019, str. 109–147).

## U V O D

Prihvatanjem svog imenovanja, arbitar preuzima obaveze koje su u opštem smislu determinisane potrebom uspešnog vođenja i okončanja arbitražnog postupka. Njihov zajednički imenitelj ogleda se u zahtevu da arbitar postupak vodi savesno i efikasno i da spor konačno reši. Sve obaveze arbitra u funkciji su ostvarenja tog zahteva. Poštovanje obaveza arbitra, od momenta prihvatanja imenovanja, pa do okončanja spora, od značaja je za tok, a nekad i sam ishod arbitražnog postupka. Povrede ovih obaveza mogu dovesti do poništaja arbitražne odluke, a mogu pokrenuti i pitanje građanskopravne odgovornosti arbitra.

Sveobuhvatan pogled na obaveze arbitara u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži zahteva analizu pravnog odnosa između arbitara i strana u sporu (I), konkretnih i pojedinačnih obaveza arbitra (II) i pravnih posledica povrede ovih obaveza (III).

## PRAVNI ODNOS IZMEĐU ARBITARA I STRANA U SPORU

*Receptum arbitrii.* – Pravni odnos između arbitara i strana u sporu uređen je ugovorom koji se između njih zaključuje.<sup>1</sup> Na osnovu ovog ugovora, arbitri stiču prava i preuzimaju obaveze koje se odnose na arbitražni postupak. U teoriji arbitražnog prava, ugovor između arbitara i strana u sporu najčešće se označava kao *receptum arbitrii*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Prema stavu koji preovlađuje u arbitražnom pravu, pravni odnos između arbitara i strana u sporu je ugovornog karaktera. V. Emmanuel Gaillard, John Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, str. 599 gde se konstatuje "više nema bilo kakvog ozbiljnog spora u pogledu postojanja ugovora između arbitara i stranaka". U švajcarskom pravu (doktrini i odlukama švajcarskog Saveznog suda) široko je prihvaćeno stanovište prema kome je pravni odnos arbitara i stranaka zasnovan na ugovoru (v. na primer Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, *Arbitrage international: Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2nd ed. 2010, nr. 24; Pierre Lalive, Jean François Poudret, Claude Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, Art. 179, N 6–8; Jean François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> edition, London, 2007, str. 367 i dalje), a isti stav preovlađuje u doktrini i jurisprudenciji najvećeg broja drugih zemalja evropsko-kontinentalne pravne tradicije (uporedno-pravni pregled, Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth edition, Student Version, Oxford University Press, 2009, str. 329 i dalje). Od novije domaće literature, v. na primer Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010, str. 87–88; Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013, str. 181; Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002, str. 186–191.

<sup>2</sup> O terminologiji, René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982, str. 371; Thomas Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, str. 487–489; Mathieu de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, 1990, str. 175 i str. 575.



Ugovor arbitara i strana u sporu retko je bio predmet sistematskog izučavanja od strane doktrine.<sup>3</sup> Pažnja je uglavnom usmeravana na pitanje njegove pravne prirode,<sup>4</sup> o čemu su ispoljena različita stanovišta – od naloga, preko ugovora o delu, pa do jedne vrste ugovora o pružanju usluga.<sup>5</sup> Ipak, u pogledu ovog pitanja preovlađuje stanovište da je reč o ugovoru *sui generis*, koje polazi od mešovite prirode arbitraže – ugovorne po svom izvoru i jurisdikcione po svom predmetu, kao i specifičnosti pravnog odnosa koji postoji između arbitara i strana u sporu.<sup>6</sup>

*Receptum arbitrii* zaključuje se između arbitra (kad spor presuđuje arbitar pojedinac) odnosno arbitara (kad spor presuđuje arbitražno veće) i strana u sporu. U doktrini se ističe da arbitar stoji u pravnom odnosu prema obema stranama u sporu, bez obzira što ga je imenovala samo jedna od njih.<sup>7</sup> Pri tome je bez značaja da li su arbitre imenovala neposredno strane u sporu ili treće lice – arbitražna insitucija, organ imenovanja ili sud.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Više, J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, nav. delo, str. 190 i dalje.

<sup>4</sup> Diskusija je vođena i u pogledu pitanja da li je reč o procesno-pravnom ili materijalno-pravnom ugovoru. U savremenoj doktrini i sudskoj praksi široko je prihvaćeno stanovište da *receptum arbitrii* predstavlja ugovor materijalnog prava (v. Bernhard Berger, Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third edition, Berne, 2015, str. 342; E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 604 i dalje).

<sup>5</sup> O pravnoj prirodi *receptum arbitrii*: E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 605–608; R. David, nav. delo, str. 371–372; P. Lalive, J.F. Poudret, C. Reymond, nav. delo, str. 332; Christian Gavaldà, Lucas de Leyssac, *L'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1993, str. 43; Pierre Jolidon, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne, 1984, str. 231; Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1987, nr. 302 i dalje.

<sup>6</sup> E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 607.

<sup>7</sup> V. B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 343; Julian D.M. Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, the Hague, 2003, str. 277. Inače, u teoriji se postavlja pitanje da li je *receptum arbitrii* poseban ugovor ili predstavlja “trostrani” ugovor o arbitraži (v. Murray L. Smith, “Contractual Obligations Owed by and to Arbitrators: Model Terms of Appointment”, *Arbitration International*, Vol. 8, no. 1, LCIA, 1992, str. 18 i dalje).

<sup>8</sup> G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 88.

Ugovor arbitara i strana u sporu je dvostrani ugovor s obzirom da stvara uzajamne obaveze ugovornih strana.<sup>9</sup> Nadalje, reč je o neimenovanom ugovoru<sup>10</sup> i ugovoru sa trajnim izvršenjem obaveza.<sup>11</sup> Ovaj ugovor se zaključuje *intuitu personae* s obzirom da se izbor arbitra vrši upravo na osnovu njegovih ličnih svojstava, kvalifikacija, iskustva, renomea i sl. Iz toga proizilazi da arbitar mora lično ispunjavati svoje obaveze i ne može ih prenositi na treća lica.<sup>12</sup> Izvršenje obaveza iz ovog ugovora u celini se ostvaruje u okviru arbitražnog postupka, a ovlašćenja arbitra se moraju kretati u granicama koje određuje i dozvoljava merodavno arbitražno pravo.<sup>13</sup> *Receptum arbitrii* po pravilu prestaje donošenjem konačne odluke od strane arbitara. Izuzetno, on može prestati i pre donošenja konačne odluke zbog odustanka strana od arbitraže ili iz nekog razloga vezanog za ličnost arbitra (npr. izuzeće, povlačenje, opoziv).<sup>14</sup>

Postojanje *receptum arbitrii* izričito je prihvaćeno od strane jurisprudencije mnogih zemalja. Tako, švajcarski Savezni vrhovni sud utvrdio je da pravni odnos između arbitara i strana u sporu *ugovornog* karaktera,<sup>15</sup> dok je u pojedinih odlukama posebno analizirao pravna dejstva *receptum arbitrii*.<sup>16</sup> U engleskoj sudskoj praksi istaknuto je da se prihvatanjem imenovanja arbitar *ugovorno* obavezuje da postupa sa dužnom pažnjom, uz naknadu.<sup>17</sup> Slična stanovišta ispoljena su i u francuskoj jurisprudenciji.<sup>18</sup> S druge strane, nacionalni zakoni u načelu ne predviđaju posebna pravila o ovom ugovoru. Srpski Zakon o arbitraži sadrži

<sup>9</sup> O dvostranim ugovorima uopšte, Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, str. 197–203.

<sup>10</sup> Nije zakonski regulisan u srpskom, kao ni u drugim pravnim sistemima (prema izvorima dostupnim autoru). O neimenovanim ugovorima uopšte, S. Perović, nav. delo, str. 192–194.

<sup>11</sup> O ugovorima sa trajnim izvršenjem obaveza uopšte, S. Perović, nav. delo, str. 211–213.

<sup>12</sup> O ugovorima *intuitu personae* uopšte, S. Perović, nav. delo, str. 232–233.

<sup>13</sup> N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, str. 315.

<sup>14</sup> Više, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 602.

<sup>15</sup> V.B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 342–343 i odgovarajuće reference ispod teksta.

<sup>16</sup> V. na primer odluke 4A\_391/2010 i 4A\_399/2010 od 10. novembra 2010 (naknadno spojene) u kojima je *receptum arbitrii* analiziran u kontekstu honorara arbitara i odluku 4A\_490/2013 od 28. januara 2014. koja se odnosi na rok donošenja arbitražne odluke.

<sup>17</sup> *K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd.*, (1992) 1 Q.B. 863; (1991) 3 All E.R. 211; (1991) 3 W.L.R. 1025; (1991) 1 Lloyd's Rep. 524 (C.A. 1990). Nav. prema E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 601.

<sup>18</sup> *Compagnie Europeene de Cereals SA v. Tradax Export S.A.*, (1986) 2 Lloyd's Rep. 301 (*High Ct.*, Q.B. Com. Ct. 1986). Nav. prema E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 601.

samo odredbu prema kojoj arbitar daje pismenu izjavu o prihvatanju svoje dužnosti (čl. 20).

“*Statusni pristup*”. – U uporednom arbitražnom pravu široko je prihvaćeno stanovište prema kome pravni odnos između arbitara i strana u sporu ima *ugovorni* osnov. Ipak, pojedini autori u pogledu ovog pitanja u prvi plan ističu *jurisdikciona* ovlašćenja arbitra koja proizilaze iz samog zakona; arbitar je ovlašćen da *presudi* spor, zbog čega je njegov status sličan sudskom, a prava i obaveze koje preuzima arbitar ulaze u domen javnog interesa (tzv. “*statusni pristup*”<sup>19</sup>).<sup>20</sup> Prema njima, pravni odnos arbitara i strana u sporu se zasniva direktno na zakonu kao izvoru iz kog arbitri crpe svoja ovlašćenja, bez obzira na postojanje ili nepostojanje ugovora privatnog prava koji se između njih zaključuje.<sup>21</sup>

Pomenuto stanovište nije lišeno opravdanja, posebno polazeći od činjenice da je arbitar, kao i sudija državnog suda, ovlašćen da *presudi* spor.<sup>22</sup> Ipak, za razliku od sudije koji ima *obavezu* rešavanja spora koji mu je raspoređen, arbitar je, kao “*privatni sudija*”, slobodan da u svakom konkretnom slučaju svoje imenova-

---

<sup>19</sup> G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 88.

<sup>20</sup> Kao predstavnici ovog, “*statusnog pristupa*” u literaturi se pre svega navode Mustill i Boyd (Michael J. Mustill, Stewart C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> edition, London and Edinburgh, Butterwords, 1989, str. 220 i dalje). Detaljno o ovom pristupu i njegovoj komparaciji sa ugovornom teorijom sa stanovišta engleskog prava, M.L. Smith, nav. delo (str. 17–39), koji se, uz konstataciju da bi odgovor na sva pitanja koja pokreću “*statusna*” i ugovorna teorija bio “*Sizifov posao*”, ipak “*priljanja*” ugovornom karakteru pravnog odnosa arbitara i strana u sporu (str. 34 i dalje). Kad je reč o literaturi iz domena evropsko-kontinentalnog prava, kao pristalice “*statusnog pristupa*” ističu se Berger i Kellerhals koji, uz oštru kritiku ugovorne teorije, ističu da se ne može prihvatiti da je pravni odnos arbitara i strana u sporu zasnovan na ugovoru, već de je pravni osnov tog odnosa sam zakon (*statutory legal relationship*). Detaljno, B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 343–344.

<sup>21</sup> B. Berger, F. Kellerhals, *ibidem*.

<sup>22</sup> Ovo *jurisdikciono* ovlašćenje arbitara čini osnovnu distinkciju između arbitra i zastupnika strana u sporu. U tom smislu, Evropski sud pravde utvrdio je da se osnovna i uobičajena obaveza arbitara sastoji u rešavanju spora između dve ili više strana, zbog čega se uloga arbitra razlikuje od uloge zastupnika (Court of Justice of the European Communities, 16 September 1997, Case C-145/96, Bernd von Hoffmann v. Finanzamt Trier, 1997 E.C.R. I-4857, dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/>). Istovremeno, ovo *olašćenje* predstavlja jedno od najznačajnijih razgraničenja između arbitraže i nekih sličnih, alternativnih načina rešavanja sporova. O alternativnim načinima rešavanja sporova, v. G. Knežević, D. Pavić, nav. delo, str. 183–255, gde se, u okviru razgraničenja arbitraže od (ostalih) alternativnih metoda rešavanja sporova, između ostalog ističe da je “*arbitražna odluka*, poput sudske, obavezna za stranke, tj. snabdevena dejstvom pravnosnažnosti i izvršnosti, dok se ostale ADR tehnike okončavaju sporazumima koji imaju obligacionopravna dejstva” (str. 188). Ipak, iako *presuđuje* spor, arbitar se ne može *izjednačiti* sa sudijom državnog suda. Detaljno, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 560 i dalje.

nje prihvati ili ne prihvati. Dok se ovlašćenja sudije zasnivaju neposredno na zakonu, arbitar svoja ovlašćenja crpi pre svega iz saglasne volje strana koje su mu spor poverile na rešavanje, a koja je prihvatio putem zaključenja *receptum arbitrii*. Prihvatajući misiju koja mu je poverena, izabrani arbitar mora nastojati da opravda poverenje koje su mu strane ukazale. Upravo u tom poverenju koje u suštini znači jedan lični momenat u odnosu između arbitra i strana u sporu ogleda se jedna od suštinskih razlika u odnosu na sudije državnog pravosuđa.<sup>23</sup>

*Tri pravna odnosa.* – U slučaju kad je arbitražnim ugovorom<sup>24</sup> predviđeno da će se spor (ili sporovi) rešavati prema pravilima određene arbitražne institucije, u doktrini se ističe postojanje tri pravna odnosa: ugovor između strana u sporu i izabrane arbitražne institucije, ugovor između arbitražne institucije i arbitara i ugovor između arbitara i strana u sporu (*receptum arbitrii*).<sup>25</sup>

Na prvom mestu, ugovorne strane arbitražnog ugovora zaključuju ugovor sa izabranom arbitražnom institucijom. Izradom i objavljivanjem pravilnika, arbitražna institucija upućuje opštu i stalnu ponudu (neodređenom broju lica koja se mogu javiti u ulozi strana u sporu),<sup>26</sup> a strane arbitražnog ugovora kojim je predviđena konkretna arbitražna institucija, u suštini pristupaju tako učinjenoj ponudi.<sup>27</sup> Ugovor između strana u sporu i arbitražne institucije počinje da se izvršava u momentu pokretanja postupka pred izabranom arbitražnom institucijom koja “administrira” postupkom, tj. obavlja pravno-organizacione i tehničke poslove koji se odnose na pokrenuti spor.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> J. Perović, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, nav. delo, str. 173 i dalje.

<sup>24</sup> Uopšte o ugovoru o arbitraži (arbitražnom ugovoru), J. Perović, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, nav. delo u celini; Jelena Perović, *Standardne klauzule međunarodnih privrednih ugovora*, Beograd, 2012, str. 187–229.

<sup>25</sup> E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 602–604.

<sup>26</sup> Reč je o ugovoru koji prema načinu zaključenja ulazi u kategoriju ugovora po pristupu, iako strane mogu, u određenoj meri, odstupiti od odredba pravilnika ili uneti posebne odredbe o kojima su se saglasile, O ugovorima po pristupu uopšte, S. Perović, nav. delo, str. 217–225.

<sup>27</sup> V. E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 602.

<sup>28</sup> Sama arbitražna institucija ne rešava sporove, ona samo “administrira” i organizuje rešavanje sporova od strane arbitara u skladu sa svojim pravilnikom. V. na primer čl. 1(2) Pravila Međunarodnog Arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore (u daljim izlaganjima: Pravila ICC i Arbitražni sud ICC) koji izričito predviđa Arbitražni sud ICC ne rešava sporove, već administrira njihovo rešavanje od strane arbitara. Detaljno o nadležnosti, organizaciji i aktivnostima Arbitražnog suda ICC i njegovog Sekretarijata, Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce ICC, Paris, 2012, str.

S druge strane, poseban ugovor se zaključuje i između arbitražne institucije s jedne strane i svakog od arbitara s druge strane. Na osnovu ovog ugovora, arbitražna institucija se obavezuje da imenovano lice tretira kao arbitra u okviru svojih organizacionih i administrativnih ovlašćenja, kao i da mu isplati naknadu za rad i pokrije troškove u skladu sa svojim pravilnikom, dok se arbitar obavezuje da izvrši preuzetu dužnost pod okriljem i u skladu sa pravilnikom arbitražne institucije.<sup>29</sup>

Zaključenje pomenutih ugovora ne utiče bitno na pravni odnos između arbitara i strana u sporu, s tim što učešće arbitražne institucije, po samoj logici stvari, utiče na način ostvarenja prava i izvršenja obaveza koje proističu iz *receptum arbitrii*.<sup>30</sup>

## OBAVEZE ARBITARA

U pravnoj teoriji navode se brojne obaveze arbitara koje se grupišu i klasifikuju po različitim kriterijumima.<sup>31</sup> Ne ulazeći u ove klasifikacije, u daljim izlaganjima najpre će biti učinjen pogled na osnovne obaveze arbitara, a zatim će biti analizirane i druge obaveze arbitara koje se izdvajaju kao najznačajnije, pre svega sa stanovišta pravnih posledica njihovog neispunjenja.

### *Osnovne obaveze*

Arbitar mora biti nezavisan i nepristrasan u odnosu na strane u sporu i predmet spora,<sup>32</sup> dužan je da strane tretira na jednak način i da svakoj strani omogućiti da iznese svoje stavove i dokaze, kao i da se izjasni o radnjama i predlo-

---

13–27. Herman Verbist, Erik Schäfer, Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2016, str. 13–23.

<sup>29</sup> E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 604.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> V. na primer N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 326–341, gde su obaveze arbitara grupisane u tri kategorije – obaveze koje utvrđuju strane u sporu, obaveze predviđene zakonom i etičke obaveze. Drugačije klasifikacije, na primer u E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 609–613; J.D.M. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, nav. delo, str. 279 i dalje; Toni Deskoski, *Megunarodno arbitražno pravo*, Skopje, 2016, str. 212–214.

<sup>32</sup> Detaljno o zahtevu nezavisnosti i nepristrasnosti arbitra, Jelena Perović, “Sumnja u nezavisnost ili nepristrasnost arbitra kao osnov zahteva za njegovo izuzeće”, *Pravni život* br.11/2017, Beograd, 2017, str. 63–78; Davor Babić, “Nezavisnost i nepristrasnost arbitara”, *Pravo u gospodarstvu (PUG)*, 3/2008, Zagreb, str. 672).

zima druge strane.<sup>33</sup> Reč je o osnovnim obavezama arbitra koje proističu iz njegovih jurisdikcionih ovlašćenja i koje su univerzalno prihvaćene u međunarodnim konvencijama iz oblasti arbitraže, Model-zakonu UNCITRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži<sup>34</sup> (u daljim izlaganjima: UNCITRAL Model-zakon),<sup>35</sup> nacionalnim zakonima iz oblasti arbitraže, posebno onim rađenim po uzoru na UNCITRAL Model-zakon,<sup>36</sup> u UNCITRAL Pravilima o arbitraži<sup>37</sup> (u daljim izlaganjima: UNCITRAL Pravila),<sup>38</sup> kao i u pravilnicima svih poznatijih arbitražnih institucija. U svetlu ovih, osnovnih obaveza arbitara treba posmatrati i ostale njihove obaveze u arbitražnom postupku.

*Dužna pažnja, efikasnost u vođenju postupka,  
poštovanje roka za donošenje odluke*

*Dužna pažnja uopšte.* – U izvršenju svojih obaveza arbitar mora postupati sa pažnjom koja se zahteva u interesu uspešnog vođenja i okončanja arbitražnog postupka.<sup>39</sup> On je obavezan da posveti dovoljno vremena arbitražnom sporu za koji je imenovan, kao i da analizira i rešavanju spornih pitanja pristupa sa znanjem, stručnošću i sposobnostima koji su u konkretnom slučaju potrebni. Arbitar je dužan da postupak vodi efikasno<sup>40</sup> i da poštuje relevantne procesne rokove, a posebno rok za donošenje arbitražne odluke. Reč je o obavezi koja je univerzalno prihvaćena u arbitražnom pravu, iako je izvori arbitražnog prava najčešće ne

<sup>33</sup> Povreda ovih fundamentalnih načela razlog je za poništaj arbitražne odluke i za odbijanje njenog priznanja i izvršenja. V. srpski Zakon o arbitraži (čl. 58 i 66) i Konvenciju o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka od 10.06.1958. (u daljim izlaganjima: Njujorška konvencija), čl. V.

<sup>34</sup> Iz 1985. sa izmenama iz 2006. godine.

<sup>35</sup> Čl. 12.2.

<sup>36</sup> V. srpski Zakon o arbitraži (čl. 19. st. 3 i čl. 33).

<sup>37</sup> Iz 1976. sa izmenama iz 2010. godine

<sup>38</sup> Čl. 12.1.

<sup>39</sup> Opširnije, B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 345; E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 1130; N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, str. 327–334.

<sup>40</sup> U međunarodnoj arbitražnoj praksi izraženi su određeni zahtevi i preporuke u pogledu dužnosti arbitara da spor vode efikasno i ekonomično, tj. da kontrolišu vreme i troškove arbitražnog postupka. Tako na primer, Pravila ICC predviđaju tri koraka u organizaciji arbitražnog postupka: sačinjavanje "procesnog sporazuma" (*terms of reference*) (čl. 23), organizaciju "konferencije o upravljanju postupkom" (*case management conference*) (čl. 24.1) i izradu "procesnog rasporeda" (*procedural timetable*) (čl. 24.2). Opširnije, Jelena Perović, "Efikasnost arbitražnog postupka", *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017, str. 461–469.

predviđaju izričito.<sup>41</sup> Srpski Zakon o arbitraži ovu obavezu utvrđuje opštim određenjem prema kome je arbitar dužan da “savesno i efikasno” obavlja svoju dužnost.

U određenim slučajevima arbitar nije u mogućnosti da odgovori ovim zahtevima iz različitih razloga, na primer ako ne poznaje (ili nedovoljno poznaje) merodavno pravo,<sup>42</sup> ako ne vlada jezikom arbitraže<sup>43</sup> ili ako nema dovoljno vremena da se posveti arbitražnom sporu. U takvim okolnostima, od njega se očekuje da ne prihvati svoje imenovanje.<sup>44</sup> S druge strane, imenovani arbitar koji ne ispunjava svoje obaveze sa dužnom pažnjom može biti opozvan<sup>45</sup> na osnovu sporazuma strana u sporu ili, u odsustvu ovog sporazuma, od strane arbitražne institucije<sup>46</sup> ili nadležnog suda, a na osnovu zahteva jedne od strana u sporu.<sup>47</sup>

*Pravila ICC – izjava o prihvatanju, raspoloživosti, nepristrasnosti i nezavisnosti.* – Pravila ICC<sup>48</sup> predviđaju da budući arbitar, pre svog imenovanja ili potvrđivanja mora potpisati izjavu o prihvatanju, *raspoloživosti*, nepristrasnosti i nezavisnosti.<sup>49</sup> Kad je reč o raspoloživosti arbitra, u komentarima ovog pravila se ističe da arbitri u određenim slučajevima ne procenjuju objektivno svoj vremenski raspored, te prihvataju imenovanje i pored velikog broja drugih obaveza koje ih sprečavaju da se konkretnom arbitražnom sporu posvete u potrebnoj meri. To po pravilu dovodi do prolongiranja rokova u arbitražnom postupku, a posebno rokova donošenja arbitražne odluke, što je u praksi ovog Suda nekad rezultira-

---

<sup>41</sup> Detaljno, v. E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration, Ibidem*; za englesko pravo v. M.L. Smith, nav. delo, str. 28.

<sup>42</sup> V. Jelena Perović, “Konstituisanje arbitražnog veća u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži”, *Pravni život* br. 11/2016, Beograd, 2016, str. 230–231.

<sup>43</sup> V. Jelena Perović, “Jezik arbitražnog postupka u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži” *Libera amicorum Gašo Knežević*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Udruženje za arbitražno pravo, Beograd, 2016, str. 274–290

<sup>44</sup> B. Berger, F. Kellerhals, *Ibidem*.

<sup>45</sup> Reč je o široko prihvaćenom pravilu, sadržanom u nacionalnim zakonima i pravilnicima arbitražnih institucija. V. UNCITRAL Model-zakon, čl. 14 (1). Za srpsko pravo, v. Zakon o arbitraži (čl. 25).

<sup>46</sup> Prema Pravilima ICC, arbitar može biti zamenjen i na inicijativu samog Arbitražnog suda – čl. 15 (2).

<sup>47</sup> U tom pogledu, pažnju zaslužuje mišljenje Bergera i Kellerhals-a prema kome pravo na zahtev za opoziv ne treba vezivati isključivo za strane u sporu, već ga treba priznati i ostalim članovima arbitražnog veća (B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 345).

<sup>48</sup> Poslednja revizija ovih Pravila izvršena je 1. marta 2017. godine.

<sup>49</sup> Čl. 11(2).

lo povlačenjem arbitra ili njegovom zamenom od strane Suda.<sup>50</sup> U cilju što objektivnije procene njegove vremenske raspoloživosti, od budućeg arbitra se između ostalog zahteva da u pomenutoj izjavi navede broj tekućih arbitraža u koje je uključen u svojstvu arbitra ili zastupnika, kao i broj sudskih postupaka u kojima učestvuje. U komentarima Pravila ICC ističe se da se pomenutom izjavom postiže dvostruki efekat. S jedne strane, Sud i strane u sporu unapred su obavestene o vremenskoj raspoloživosti arbitra (na osnovu čega strane mogu uložiti prigovor, a Sud nože odlučiti da ne potvrdi imenovanje arbitra),<sup>51</sup> dok se, s druge strane, sam arbitar podstiče da blagovremeno razmotri pitanje svog vremena za konkretnu arbitražu, posebno imajući u vidu zahtev za efikasnim vođenjem postupka.<sup>52</sup>

*Rok za donošenje arbitražne odluke.* – Rok za donošenje arbitražne odluke određuje se u cilju obezbeđenja što bržeg i efikasnijeg rešenja arbitražnog spora. Ovaj rok strane mogu odrediti neposredno u arbitražnom ugovoru ili posredno, ugovaranjem pravilnika određene arbitražne institucije odnosno izborom prava ili pravila po kojima će se voditi arbitražni postupak.

*Rok određen arbitražnim ugovorom.* – Kad je rok za donošenje arbitraže odluke određen u samom arbitražnom ugovoru, u određenim slučajevima arbitri ovu obavezu ne mogu ispuniti iz objektivnih razloga. Naime, u vreme zaključenja arbitražnog ugovora, strane teško mogu proceniti sve okolnosti relevantne za vreme trajanja arbitražnog postupka i na osnovu toga precizno odrediti rok za donošenje odluke. To naročito dolazi do izražaja kad je reč o kompromisornoj klauzuli u vreme čijeg zaključenja spor nije ni nastao i neizvesno je da li će uopšte nastati. U arbitražnoj praksi, do neizvesnosti u pogledu ovako određenog roka donošenja arbitražne odluke može doći iz različitih razloga, polazeći od činjenice da dužina spora pre svega zavisi od složenosti predmeta i drugih relevantnih okolnosti koje se razlikuju od slučaja do slučaja.<sup>53</sup> Najznačajniji problemi u tom pogledu odnose se na vreme potrebno za konstituisanje arbitražnog veća, posebno u *ad hoc* ar-

<sup>50</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, nav. delo, str. 120 i dalje; H. Verbist, E. Schäfer, Ch. Imhoos, nav. delo, str. 66.

<sup>51</sup> Prema podacima Sekretarijata ovog Suda, u periodu od 2009. do 2011. godine, Sud je odlučio da ne prihvati imenovanje tri arbitra na osnovu informacija o njihovoj raspoloživosti sadržanih u pomenutoj izjavi (u jednoj od njih, arbitar je naveo da kao predsednik veća učestvuje u 68 arbitraža, a kao član arbitražnog veća u 83 arbitražnih postupaka). Detaljno, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, nav. delo, str. 121.

<sup>52</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, nav. delo, str. 120; H. Verbist, E. Schäfer, Ch. Imhoos, *ibidem*.

<sup>53</sup> Detaljno, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 557–559.



bitraži, u kom slučaju je od ključne važnosti saradnja sa nadležnim državnim sudovima mesta arbitraže. Iz ovih ili drugih opravdanih razloga (na primer zbog potrebe pribavljanja dokaza), rok za donošenje arbitražne odluke određen u arbitražnom ugovoru po pravilu se može produžiti na osnovu izričitog ili prećutnog sporazuma strana u sporu.<sup>54</sup>

*Rok određen u pravilnicima arbitražnih institucija.* – Pravilnici arbitražnih institucija mogu se podeliti na one koji određuju rok za donošenje arbitražne odluke i one koji ne sadrže odredbe o ovom pitanju. Pravilnici koji ovaj rok određuju odlikuju se značajnim razlikama, kako u pogledu dužine roka tako i u pogledu procesnog momenta od koga on počinje da teče. Tako na primer, prema Pravilima ICC, rok za donošenje konačne arbitražne odluke je šest meseci od potpisivanja tzv. *Terms of Reference* (procesni sporazum), s tim što Sud može odrediti drugi rok na osnovu procesnog rasporeda.<sup>55</sup> Tako određen rok Sud može produžiti na osnovu “razumnog zahteva” arbitara ili na sopstvenu inicijativu, ako oceni da je to neophodno.<sup>56</sup> Prema Stokholm Pravilima<sup>57</sup> rok za donošenje konačne arbitražne odluke je najkasnije šest meseci od dana dostavljanja predmeta arbitražnom veću,<sup>58</sup> prema Milano Pravilima<sup>59</sup> konačna arbitražna odluka donosi se u roku od 6 meseci od konstituisanja arbitražnog veća ako drukčije nije predviđeno arbitražnim ugovorom,<sup>60</sup> dok DIS Pravila<sup>61</sup> predviđaju da arbitri konačnu odluku dostavljaju DIS-u na pregled u načelu u roku od tri meseca od poslednjeg ročišta ili od poslednjeg dozvoljenog podneska koji god da je kasniji.<sup>62</sup> Svi pomenuti pravilnici dozvoljavaju mogućnost produženja roka za donošenje arbitražne odluke. S druge strane, švajcarska Pravila o međunarodnoj arbitraži (u daljim izlaganji-

---

<sup>54</sup> V. N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *ibidem*; B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 338; E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 757–759.

<sup>55</sup> Čl. 31 (1).

<sup>56</sup> Čl. 31 (2).

<sup>57</sup> Arbitražna pravila Arbitražnog instituta Privredne komore Stokholma – *SCC Rules* (1. januar 2017).

<sup>58</sup> Čl. 43.

<sup>59</sup> Arbitražna pravila Privredne komore Milana – *CAM Rules* (1. mart 2019).

<sup>60</sup> Čl. 36.

<sup>61</sup> Arbitražna pravila nemačkog Arbitražnog instituta – *DIS Arbitration Rules* (1. mart 2018).

<sup>62</sup> Čl. 37 koji u nastavku predviđa da se Arbitražni savet može umanjiti honorare arbitara uzimajući u obzir vreme koje im je bilo potrebno za donošenje odluke, uz prethodnu konsultaciju sa arbitrima i imajući u vidu okolnosti slučaja.

ma: Švajcarska Pravila)<sup>63</sup> i Pravila LCIA<sup>64</sup> ne predviđaju rok za donošenje arbitražne odluke. Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije (u daljim izlaganjima: Pravilnik SA) ne sadrži posebne odredbe o roku za donošenje arbitražne odluke, već generalno predviđa da se arbitražni postupak, po pravilu, okončava u roku od šest meseci od dana konstituisanja arbitražnog veća ili imenovanja arbitra pojedinca. Izuzetno, arbitražno veće ili arbitar pojedinac može da odluči, uz prethodnu saglasnost predsednika SA, da se arbitražni postupak produži ako potrebe pribavljanja dokaza to nalažu, ako stranke to predlože ili iz drugih opravdanih razloga.<sup>65</sup>

*Nacionalni zakoni.* – Najveći broj nacionalnih zakona koji se odnose na arbitražu ne sadrži posebne odredbe o roku za donošenje arbitražne odluke i pravnim posledicama njegovog propuštanja.<sup>66</sup> U tom pogledu izdvaja se italijanski Zakonik o građanskom postupku prema kome, ako strane nisu drukčije ugovorile, arbitri odluku donose u roku od sto osamdeset dana od prihvatanja njihovog imenovanja, a kad arbitri nisu prihvatili imenovanje istog dana, rok počinje da teče od dana poslednjeg prihvatanja imenovanja (čl. 820. st. 1).<sup>67</sup> Propuštanje roka za donošenje arbitražne odluke Zakonik izdvaja kao poseban razlog za poništaj arbitražne odluke (čl. 829.st.6). Zakonik izričito predviđa da su arbitri dužni da donesu arbitražnu odluku u roku određenom od strane strana u sporu ili zakona, a ako ovu obavezu ne ispune i odluka po tom osnovu bude poništena, arbitri odgovaraju za štetu (čl. 813. st. 2). Novi francuski Zakonik o građanskom postupku predviđa da, ako rok za donošenje arbitražne odluke nije određen arbitražnim ugovorom, dužnost arbitra traje šest meseci od dana kada je poslednji arbitar pihvatio dužnost.<sup>68</sup> Ipak, u Francuskoj se ovo pravilo ne primenjuje na međunarodnu arbitražu osim ako su strane predvidele da se na arbitražni postupak primenjuje francusko pravo.<sup>69</sup> U američkom pravu rok za donošenje arbitražne odluke se razlikuje od države do države (najčešće trideset dana od zaključenja ra-

<sup>63</sup> *Swiss Rules of International Arbitration – Swiss Rules* (1. juni 2012).

<sup>64</sup> Pravila o arbitraži Londonskog međunarodnog arbitražnog suda – *LCIA Arbitration Rules* (1. oktobar 2014).

<sup>65</sup> Čl. 38 Pravilnika. Sličnu odredbu sadrži i Pravilnik Beogradskog arbitražnog centra – Pravilnik BAC (čl. 32).

<sup>66</sup> Uporedno-pravni pregled, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 557.

<sup>67</sup> V. u celini čl. 820 i 821. ovog Zakonika.

<sup>68</sup> Čl. 1456.

<sup>69</sup> E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 755.

sprave), s tim što se može produžiti na osnovu sporazuma strana ili od strane su-  
da.<sup>70</sup> Srpski Zakon o arbitraži ne sadrži odredbe o roku za donošenje arbitražne  
odluke.

*Pravne posledice “zakasnelog” donošenja arbitražne odluke.* – Pravne posledice povrede obaveze donošenja arbitražne odluke u predviđenom roku odnose se na građanskopravnu odgovornost arbitra i na mogućnost poništaja arbitražne odluke i zavise od relevantnih pravila merodavnog prava.<sup>71</sup> O građanskopravnoj odgovornosti arbitra biće reči u okviru izlaganja o pravnim posledicama povrede obaveza arbitara, a na ovom mestu pažnju ćemo zadržati na mogućnosti poništaja arbitražne odluke zbog propuštanja roka za donošenje arbitražne odluke.

U uporednom pravu usvojeni su različiti pristupi u pogledu pitanja poništaja arbitraže odluke koja je doneta po isteku roka predviđenog za njeno donošenje. Tako na primer, italijanski Zakonik o građanskom postupku, kao što je rečeno, propuštanje roka za donošenje arbitražne odluke izdvaja kao poseban razlog za poništaj arbitražne odluke (čl. 829. st. 6). S druge strane, u francuskom pravu arbitražna odluka doneta nakon predviđenog roka može biti poništena zbog toga što su arbitri odlučivali na osnovu arbitražnog ugovora koji je istekao.<sup>72</sup> Naime, jedan od razloga za poništaj arbitražne odluke prema čl. 1502 Novog francuskog Zakonika o građanskom postupku predstavlja nepostojanje, ništavost ili prestanak arbitražnog ugovora. Ako su arbitri doneli odluku na osnovu arbitražnog ugovora koji je istekao, arbitri više nemaju nadležnost za odlučivanje. Iako su arbitri, na osnovu principa *compétence-compétence*, ovlašćeni da odlučuju o svojoj nadležnosti, njihova odluka o sopstvenoj nadležnosti može biti podvrgnuta sudskoj kontroli ako je pokrenut postupak za poništaj arbitražne odluke. U tom smislu, ako su strane predvidele rok za donošenje arbitražne odluke (neposredno u arbitražnom ugovoru ili posredno – ugovaranjem pravilnika određene arbitražne institucije odnosno izborom prava ili pravila po kojima će se voditi arbitražni postupak), taj rok se mora poštovati, a u slučaju njegovog propuštanja, arbitražna odluka može biti poništena. Po istom osnovu u francuskom pravu može

---

<sup>70</sup> N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *ibidem*.

<sup>71</sup> Uporedno-pravni pregled, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 613 i dalje. Za englesko pravo, v. M. J. Mustill, S. C. Boyd, nav. delo, str. 231 i dalje; *Russell on the Law of Arbitration*, Walton and Vitoria Eds., 20<sup>th</sup> ed., Stevens and Sons, 1982, str. 121, gde se ističe da arbitar može odgovarati za povredu ugovora ukoliko ne donese odluku u razumnom roku.

<sup>72</sup> V. E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 759.

biti odbijeno priznanje i izvršenje inostrane arbitražne odluke.<sup>73</sup> Sličan ali nešto širi pristup usvaja švajcarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu, prema kome osnov za poništaj arbitražne odluke postoji kad je arbitražno veće pogrešno odlučilo o postojanju ili nepostojanju svoje nadležnosti.<sup>74</sup> S druge strane, kad je reč o ovom pitanju u uporednom pravu uopšte, u doktrini se konstatuje da se sudovi mnogih zemalja protive poništaju "zakasnele" arbitražne odluke, posebno u slučaju kad sud nije ovlašćen da produži rok za donošenje odluke na inicijativu samo jedne strane, već samo na osnovu sporazuma strana u sporu. Tako na primer, američki sudovi pokazali su značajnu uzdržanost po pitanju poništaja arbitražne odluke donete po isteku predviđenog roka.<sup>75</sup>

*Stav švajcarskog Saveznog vrhovnog suda.* – Švajcarski Savezni vrhovni sud imao je priliku da se izjasni o ovom pitanju u sporu za poništaj arbitražne odluke u kome je tužilac isticao da je arbitar pojedinac doneo arbitražnu odluku nakon što se povukao sa dužnosti.

U ovom slučaju, arbitražni postupak je počeo 7. juna 2010, a rasprava je zaključena 4. maja 2011. godine. Arbitražna odluka je dostavljena punomoćniku tuženog 3. septembra 2013. a punomoćniku tužioca 4. septembra 2013. godine. Dostavljanju odluke prethodila je komunikacija između punomoćnika strana i arbitra, u okviru koje su se punomoćnici strana, u više od deset navrata, raspitali o toku rada na arbitražnoj odluci i od arbitra zahtevali da ih obavesti o datumu dostavljanja odluke. U jednom od dopisa, arbitar je odredio 31. maj 2013. kao datum dostavljanja odluke. Kako odluka nije dostavljena tog datuma, strane su od arbitra zahtevale da se povuče sa dužnosti ako odluku ne donese u narednih nedelju dana, a nakon dalje komunikacije u pogledu ovog pitanja, arbitar se obavezao da će se povući sa dužnosti ako odluku ne donese do 30. juna 2013. Kako odluka nije dostavljena ni tog datuma, punomoćnici strana su rok za dostavljanje ultimativno produžili za 2. septembar 2019. i u dopisu arbitru istakli sledeće: "Vaše povlačenje sa dužnosti biće prihvaćeno i efektivno počev od 2. septembra 2013. od 17.00 h, ukoliko do tog vremena arbitražna odluka ne bude dostavljena", a arbitar se sa tim saglasio. Arbitražna odluka dostavljena je punomoćniku tuženog 3. septembra 2019. u kasnim popodnevним časovima. Istog datuma, u 18.29 h, punomoćnik tužioca uputio je dopis arbitru u kome je istakao da povlačenje arbitra smatra prihvaćenim s obzirom da odluka nije dostavljena

<sup>73</sup> Čl. 1502. st. 1. Novog francuskog Zakonika o građanskom postupku. V. E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 759.

<sup>74</sup> Čl. 190.2 (b).

<sup>75</sup> V. N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 557.

u predviđenom roku i zahtevao od arbitra da potvrdi prestanak njegovih funkcija kao arbitra. Arbitar je u odgovoru (poslatom u 19.24 h) istakao da dostava odluke pokušana ali da nije uspela s obzirom da je kancelarija punomoćnika tužioca bila zatvorena. Najzad, punomoćniku tužioca arbitražna odluka dostavljena je 4. septembra 2013. a punomoćnik tužioca uputio je arbitru sledeće obaveštenje: "Prijem ovog paketa ne znači prihvatanje arbitražne odluke koja je možda u njemu sadržana ni potvrdu punovažnosti bilo kog u njemu sadržanog dokumenta. Ženeva, 4. septembar 2013, 14.42 h".

U postupku za poništaj arbitražne odluke pred švajcarskim Saveznim vrhovnim sudom, tužilac se pozvao na čl. 190. st. 2 (a) švajcarskog Zakonika o međunarodnom privatnom pravu prema kome arbitražna odluka može biti poništena ako je arbitar pojedinac nepropisno imenovan ili ako je arbitražno veće nepropisno konstituisano. Odlučujući u ovom sporu, Sud je utvrdio da okolnosti slučaja jasno ukazuju da je zajednička namera strana bila da arbitražni ugovor prestane *ipso facto* 2. septembra 2013. godine u 17.00 h, ukoliko do tog vremena odluka ne bude dostavljena stranama u sporu, sa čim se arbitar izričito saglasio. U tom smislu, Sud je našao da osnov za prevremeni prestanak dužnosti arbitra nije njegovo prosto povlačenje sa dužnosti ili njegov opoziv od strane strana u sporu. Nasuprot tome, osnov za prestanak dužnosti arbitra, prema stanovištu Suda, u suštini predstavlja "trostrani" sporazum o povlačenju arbitra, zaključen najpre između strana u sporu, a zatim između strana u sporu s jedne i arbitra s druge strane. Na osnovu toga, Sud je utvrdio da je predmetna arbitražna odluka (doneta 3. septembra 2013) dostavljena *nakon* što je arbitru prestala dužnost (dana 2. septembra 2013. godine).

U obrazloženju, Sud je istakao da je Konkordat o arbitraži iz 1969. izričito predviđao da arbitražna odluka može biti poništena ako arbitražno veće donese odluku po isteku vremena koje mu je povereno za obavljanje dužnosti – čl. 36 (g). Pozitivno švajcarsko pravo ne sadrži takvu odredbu, a prema većinskom stavu švajcarske doktrine, u ovakvom slučaju reč je o nadležnosti *ratione temporis* koja se može podvesti pod čl. 190.2 (b) švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, prema kome razlog za poništaj arbitražne odluke postoji u slučaju kad je arbitražno veće donelo pogrešnu odluku o svojoj nadležnosti. U svetlu ovog pravila, uzima se da je arbitar svoju nadležnost prihvatio neosnovano, s obzirom da je odluku doneo pošto mu je prestala dužnost. Polazeći od činjenice da se tužilac u konkretnom sporu pozvao na čl. 190. st. 2 (a), Sud je konstatovao da položaj arbitra koji je odlučio izvan granica svojih vremenskih ovlašćenja nema analogije sa položajem arbitra koji je nepropisno imenovan; ovde je reč o arbitru čije imenovanje nije sporno ali koji nije poštovao vremensko ograničenje u pogledu svoje nadležnosti. Polazeći od toga, Sud je našao da je zahtev za poništaj osno-

van i poništio arbitražnu odluku na osnovu čl. 190.st.2 (b) Zakona o međunarodnom privatnom pravu.<sup>76</sup>

*Kad rok za donošenje arbitražne odluke nije predviđen.* – Kad rok za donošenje arbitražne odluke nije predviđen arbitražnim ugovorom, a ne određuju ga ni pravilnik izabrane arbitražne institucije ni nacionalni zakon, prilikom procene ovog roka potrebno je poći od obaveze dužne pažnje koju arbitar preuzima prihvatanjem svoje dužnosti. Ta pažnja, kao što je rečeno, podrazumeva i obavezu efikasnog vođenja postupka. Na osnovu toga, a uzimajući u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja, čini se da je potrebno rukovoditi se standardom *razumnog roka* u kome su arbitri dužni da donesu arbitražnu odluku.<sup>77</sup>

### *Presuđenje spora*

*Opšte pravilo.* – Arbitar koji je prihvatio svoje imenovanje dužan je da *presudi* spor koji mu je poveren na rešavanje i odlučivanje. Ova obaveza arbitra usko je povezana sa njegovim jurisdikcionim ovlašćenjima; kao i sudija, arbitar je dužan da arbitražni postupak sprovede do kraja, tj. do njegovog okončanja donošenjem konačne arbitražne odluke.<sup>78</sup> Obaveza presuđenja spora podrazumeva i ovlašćenje arbitra da odlučuje o sopstevnoj nadležnosti (princip *compétence-compétence*),<sup>79</sup> kao i njegovo ovlašćenje da odredi privremene mere i mere obezbeđenja na zahtev jedne od strana u sporu (ako drukčije nije predviđeno arbitražnim ugovorom i ako je dozvoljeno prema *lex arbitri*).<sup>80</sup> Od trenutka kad prihvati svoje imenovanje, arbitar se ne može povući iz spora bez opravdanih razloga.

*Nacionalni zakoni.* – Izvesni nacionalni zakoni sadrže iziričita pravila o tome. Tako na primer, prema Novom francuskom Zakoniku o građanskom postupku, arbitri su dužni da obavljaju svoju misiju sve do njenog okončanja i mogu

<sup>76</sup> 4A\_490/2013 od 28. januara 2014, dostupna na: [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

<sup>77</sup> V. na primer Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950, koja usvaja ovaj standard, predviđajući: "Svako... ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom obrazovanim na osnovu zakona." (čl. 6.1).

<sup>78</sup> Uključujući i odluku na osnovu poravnanja. V. čl. 47. srpskog Zakona o arbitraži u kome su precizirani načini okončanja arbitražnog postupka, kao i čl. 54. koji se odnosi na odluku na osnovu poravnanja..

<sup>79</sup> V. čl. 28. srpskog Zakona o arbitraži. Detaljno o ovom principu, J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, nav. delo, str. 159 i dalje.

<sup>80</sup> V. čl. 15. i čl. 31. srpskog Zakona o arbitraži. Uopšte o privremenim merama u arbitraži, G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 129–133.

se povući samo ako se strane sa tim saglase.<sup>81</sup> Slično rešenje predviđa i holandski Zakonik o građanskom postupku, prema kome arbitar može, na svoj zahtev, biti oslobođen dužnosti samo na osnovu saglasnosti obe strane ili, u odsustvu te saglasnosti, od strane nadležnog suda.<sup>82</sup> Italijanski Zakonik o građanskom postupku ide i korak dalje, predviđanjem da arbitar koji se, pošto je prihvatio svoje imenovanje, povuče sa dužnosti bez opravdanog razloga, odgovara stranama za pretrpljenu štetu.<sup>83</sup>

*Sprečavanje opstrukcije postupka.* – *Ratio* ovih pravila ogleda se u sprečavanju arbitra da svojim neopravdanim povlačenjem vrši opstrukciju postupka. Naime, u arbitražnoj praksi nekad dešava da arbitar koji oseti da je u manjini u odnosu na ostale članove arbitražnog veća, podnese ostavku kako bi sprečio (ili odložio) donošenje arbitražne odluke na štetu strane koja ga je imenovala. U takvom slučaju, po pravilu sledi postupak zamene arbitra čime se arbitražni postupak u značajnoj meri prolongira. Generalno, povlačenje arbitra pre okončanja arbitražnog postupka uzrokuje bitne smetnje odvijanju arbitražnog postupka, zbog čega najveći broj nacionalnih zakona i pravilnika arbitražnih institucija ovo povlačenje dozvoljava isključivo iz *opravdanih* razloga.<sup>84</sup> Pri tome, neki od pravilnika zahtevaju da povlačenje bude odboreno od strane arbitražne institucije.<sup>85</sup> Tako na primer, prema Pravilima ICC, arbitar može biti zamenjen tek ako Sud prihvati njegovu ostavku.<sup>86</sup> U komentaru ovog pravila ističe se da je Sud ovlašćen da odbije ostavku arbitra ako nađe da će interesi strana biti bolje zaštićeni ako arbitar ostane na dužnosti.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Čl. 1462.

<sup>82</sup> Čl. 1029. st. 2.

<sup>83</sup> Čl. 813. st. 2.

<sup>84</sup> U arbitražnoj praksi, kao opravdan razlog najčešće se smatra sukob interesa (npr. arbitar je počeo da radi u novoj advokatskoj kancelariji koja ima pravni odnos sa jednom od strana u arbitražnom sporu), bolest ili lični problemi arbitra, prihvatanje od strane arbitra određenog položaja ili funkcije koji mu ne dozvoljavaju da obavlja dužnost arbitra (npr. postane sudija ustavnog suda ili državni funkcioner), i sl. Više, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, nav. delo, str. 181.

<sup>85</sup> V. na primer DIS Pravila – čl. 16.1 (ii) i Stockholm Pravila, čl. 20.1 (i).

<sup>86</sup> V. čl. 15 (1) Pravila.

<sup>87</sup> U periodu od 2001. do 2010. godine, u sporovima pred ovim Arbitražnim sudom, od ukupno 208 ponuđenih ostavki arbitara, Sud je odbio pet. U jednom slučaju iz novije prakse Suda, sva tri arbitra su ponudila ostavke zbog kontinuiranog neslaganja među njima. Polazeći od posledica koje bi povlačenje celog arbitražnog veća proizvelo na arbitražni postupak, Sud je prihvatio samo ostavku predsednika arbitražnog veća, u nameri da "spusti tenzije" između preostala dva arbitra,

*Srpsko pravo.*- Prema srpskom Zakonu o arbitraži, arbitar može da se povuče sa dužnosti pismenom izjavom ako iz opravdanih razloga, uključujući i razloge za izuzeće, nije više u stanju da obavlja svoju dužnost.<sup>88</sup> Pravilnik SA predviđa da arbitar može da se povuče sa dužnosti ako iz pravnih ili stvarnih razloga smatra da nije više u mogućnosti da obavlja svoje dužnosti, ili iz drugih opravdanih razloga ne izvršava svoje dužnosti u primerenom roku,<sup>89</sup> iz čega proizilazi da se ne zahteva da ovo povlačenje bude odobreno od strane SA. Slično rešenje usvojeno je i u Pravilniku Beogradskog arbitražnog centra (Pravilnik BAC).<sup>90</sup>

*Nastavak postupka od strane nepotpunog arbitražnog veća.* – U nastojanju uštede troškova i vremena u arbitraži, kao i radi sprečavanja *mala fidei* povlačenja arbitra, pravilnici pojedinih arbitražnih institucija usvajaju pravilo prema kome, u slučaju povlačenja arbitra, ne mora doći do njegove zamene, već se arbitražni postupak, pod određenim uslovima, može nastaviti od strane preostalih arbitara (nepotpunog arbitražnog veća). Tako, prema Stokholm Pravilima, kad se arbitražno veće sastoji od tri ili više arbitara, u slučaju prestanka dužnosti jednog od njih, Odbor može odlučiti da preostali arbitri nastave arbitražni postupak; pre donošenja ove odluke, stranama u sporu i arbitrima mora biti data mogućnost da iznesu svoje komentare o pomenutom pitanju. Prilikom odlučivanja, Odbor ima u vidu fazu u kojoj se nalazi arbitražni postupak i sve druge relevantne okolnosti.<sup>91</sup> U istom smislu, DIS Pravila predviđaju da Arbitražni savet može odlučiti da arbitar čija je dužnost prestala neće biti zamenjen drugim arbitrom ako se o tome sporazumeju sve strane u sporu i preostali arbitri, a uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja. U takvom slučaju, arbitražni postupak se nastavlja od strane preostalih arbitara.<sup>92</sup> Slično rešenje predviđaju i Pravila ICC, prema kojima, nakon zaključanja rasprave, Sud može odlučiti da, umesto zamene arbitra kome je prestala dužnost, arbitražni postupak nastave preostali arbitri, ako to nađe odgovarajućim; pri tome, Sud uzima u obzir mišljenje preostalih arbitara i strana u sporu, kao i druge okolnosti koje oceni relevantnim.<sup>93</sup> Ipak, ovo pravilo primenjuje se samo ukoliko je *rasprava zaključena*; ako je do prestanka dužnosti arbitra došlo pre zaklju-

imajući u vidu da su oni već upoznati sa spornim slučajem. V. komentar uz čl. 15 (1), J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, nav. delo, str. 181.

<sup>88</sup> Čl. 25. st. 1.

<sup>89</sup> Čl. 24. st. 1.

<sup>90</sup> Čl. 20.st. 1.

<sup>91</sup> Čl. 21 (2).

<sup>92</sup> Čl. 16.4.

<sup>93</sup> Čl. 15 (5).



čenja rasprave, takav arbitar, prema Pravilima ICC, mora biti zamenjen.<sup>94</sup> Ovakva i slična rešenja mogu se pokazati korisnim, posebno u slučaju kad arbitar svojim povlačenjem nastoji da blokira arbitražni postupak i odloži donošenje arbitražne odluke.

### *Obaveštenje o mogućem sukobu interesa*

*Nezavisnost i nepristrasnost.* – Nezavisnost i nepristrasnost arbitara predstavlja imperativ u arbitražnom pravu.<sup>95</sup> Međunarodne konvencije, nacionalni zakoni iz oblasti arbitraže i pravila arbitražnih institucija predviđaju da arbitar mora biti i ostati nezavisan i nepristrasan.<sup>96</sup> Iz činjenice da arbitar *presuđuje* spor logično sledi da on mora biti perfektno nezavisan i nepristrasan u odnosu na strane u spo-

---

<sup>94</sup> V. komentar uz čl. 15 (5) Pravila ICC, J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, nav. delo, str. 192–194; H. Verbist, E. Schäfer, Ch. Imhoos, nav. delo, str. 97.

<sup>95</sup> Detaljno, Jelena Perović, "Sumnja u nezavisnost ili nepristrasnost arbitra kao osnov zahteva za njegovo izuzeće", *Pravni život*, br. 11/2017, Beograd, 2017, str. 63–78.

<sup>96</sup> Tako, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950, predviđa: "Svako... ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom obrazovanim na osnovu zakona." (čl. 6.1). U istom smislu i Univerzalna deklaracija UN o ljudskim pravima iz 1948. godine, proklamuje: "Svako ima jednako pravo na pravično javno suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom" (čl. 10). Iako je sporno da li se pomenute konvencije direktno primenjuju na arbitražu, sa sigurnošću se može zaključiti da se, kako javne tako i privatne jurisdikcije, moraju rukovoditi osnovnim principima ovih konvencija, a da će državni sudovi na koje se konvencije odnose, u svakom slučaju biti obavezni da primene ove principe prilikom odlučivanja u postupku kontrole arbitražne odluke (v. Charles Jarrosson, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue de l'arbitrage*, 1989, str. 573–607). U tom smislu, u literaturi se ističe stav da nezavisnost i nepristrasnost arbitara suštinski mora odgovarati osnovnim standardima koji su predviđeni pomenutim konvencijama, te da nezavisnost i nepristrasnost arbitara danas predstavlja osnovno načelo transnacionalnog javnog poretka (D. Babić, nav. delo, str. 672). Od međunarodnih konvencija koje se odnose na arbitražu, ovaj princip predviđa Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i građana drugih država iz 1965. godine (Vašingtonska konvencija – ICSID), prema kojoj "Lica određena za ovu službu moraju biti takva... da se može računati da će nezavisno odlučivati" (čl. 14.1). Zahtev nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara izričito je predviđen UNCITRAL Model-zakonom – čl. 12.2, u nacionalnim zakonima koji se odnose na oblast arbitraže, posebno onim radenim po uzoru na UNCITRAL Model-zakon, u UNCITRAL Pravilima o arbitraži iz 1976. sa izmenama iz 2010. godine u čl. 12.1 (u daljim izlaganjima: UNCITRAL Pravila o arbitraži), kao i u pravilima svih poznatijih institucionalnih arbitraža. Detaljan uporedno-pravni pregled, *The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, ICC Publication, No. 472, Paris 1992; Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2012; Aldo Berlinguer, "Impartiality and Independence of Arbitrators in International Practice", *The American Review of International Arbitration* (ARIA), Vol.6 No.4, 1995; Dominique Hascher, "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues", *American University International Law Review* 27, No. 4, 2012, str. 789–806.

ru i predmet spora. Ovaj zahtev se odnosi na sve arbitre, kako na arbitra pojedina i predsednika arbitražnog veća, tako i na arbitre imenovane od strane strana u sporu.<sup>97</sup> Arbitar mora biti i ostati nezavisan i nepristrasan tokom celog arbitražnog postupka, a to znači od prihvatanja svog imenovanja, pa sve do donošenja konačne arbitražne odluke<sup>98</sup> odnosno okončanja arbitražnog postupka na drugi način.<sup>99</sup>

Nezavisnost i nepristrasnost kao kvalitete koji se zahtevaju od arbitara nije lako striktno definisati. U suštini, nezavisnost se odnosi na određenu pravnu ili činjeničnu situaciju koja se može proceniti objektivno, dok se nepristrasnost odnosi na stanje duha, na jedan psihološki momenat koji je subjektivne prirode. U doktrini se ističe da je “generalno prihvaćeno da se “zavisnost” (arbitra) povezuje isključivo sa pitanjima koja proističu iz odnosa između arbitra i jedne od strana, finansijskog ili nekog drugog”. Iz tih razloga, nezavisnost se procenjuje prema objektivnom kriterijumu. Nasuprot tome, nepristrasnost arbitra povezana je sa njegovom očiglednom naklonošću prema jednoj od strana u sporu ili sa njegovim predubeđenjem u odnosu na predmet spora, zbog čega nepristrasnost predstavlja subjektivan i apstraktan koncept.<sup>100</sup> Ono što je u suštini najznačajnije, to je da arbitar bude nepristrasan, tj. da u sporu odluči objektivno, isključivo na osnovu prava i relevantnih činjenica, a ne na osnovu naklonosti prema nekoj od strana u sporu.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Više o tome, J. Perović, “Sumnja u nezavisnost ili nepristrasnost arbitra kao osnov zahteva za njegovo izuzeće”, nav. delo, str. 65 i dalje.

<sup>98</sup> Uključujući i vreme potrebno za donošenje eventualnih ispravki, dopuna i tumačenja arbitražne odluke. V. objašnjenje uz Opšti standard 1 Uputstava o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži od 23. oktobra 2014. Usvojenih od strane Međunarodne advokatske komore – *IBA Guidelines on the Conflicts of Interest in International Arbitration*, str. 4.

<sup>99</sup> Ovaj zahtev je široko prihvaćen u uporednom arbitražnom pravu putem ustanovljavanja obaveze arbitra da obavesti strane u sporu o okolnostima koje mogu izazvati osnovanu sumnju u njegovu nezavisnost ili nepristrasnost; obaveza obaveštenja postoji kako pre prihvatanja dužnosti arbitra, tako i nakon toga, a to znači od dana kad je imenovan, pa tokom celog arbitražnog postupka, ako su pomenute okolnosti nastupile posle njegovog imenovanja. U tom smislu, v. na primer UNCITRAL Model-zakon, čl. 12.1, UNCITRAL Pravila o arbitraži, čl. 11, Pravila ICC, čl. 11(1), 11 (2) i 11(3), Švajcarska Pravilam čl. 9, itd. U srpskom Zakonu o arbitraži, pomenuto pravilo predviđeno je u čl. 21. koji predviđa obavezu lica predloženog za arbitra da, pre prihvatanja dužnosti arbitra, saopšti činjenice koje mogu opravdano izazvati sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost. S druge strane, arbitar je dužan da, od dana kada je imenovan, saopšti bez odlaganja pomenute činjenice, ako su nastupile posle njegovog imenovanja. Slično pravilo predviđeno je Pravilnikom BAC u čl. 19.1 i 19.2, dok Pravilnik SA pomenutu obavezu obaveštenja izričito predviđa samo pre prihvatanja dužnosti arbitra (čl. 20).

<sup>100</sup> N. Blackaby and C.Partsides with A.Redfern and M.Hunter, nav. delo, str. 268.

<sup>101</sup> V. D. Babić, nav. delo, str. 674.

Kad je reč o ovom pitanju u srpskom pravu, Zakon o arbitraži sadrži opštu odredbu prema kojoj arbitar mora biti nepristrasan i nezavisan u odnosu na stranke i predmet spora.<sup>102</sup> Pored toga, zahtev nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara predviđen je u okviru pravila o dužnosti arbitra da obavesti strane o činjenicama koje mogu opravdano izazvati sumnju u nepristrasnost ili nezavisnost arbitara,<sup>103</sup> kao i odredbe o izuzeću arbitara.<sup>104</sup> S druge strane, Pravilnik SA i Pravilnik BAC, zahtev nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara predviđaju u okviru odredaba o prihvatanju dužnosti arbitra, kao i o izuzeću arbitara.<sup>105</sup>

*Obaveza obaveštenja.* – Polazeći od značaja nezavisnosti i nepristrasnosti arbitra, izvori arbitražnog prava predviđaju obavezu arbitra da obavesti strane u sporu i arbitražnu instituciju odnosno ovlašćenika za imenovanje u *ad hoc* arbitraži o svim činjenicama i okolnostima koje mogu dovesti u pitanje njegovu nezavisnost ili nepristrasnost. Obaveza obaveštenja postoji kako pre prihvatanja dužnosti arbitra, tako i nakon toga, a to znači od dana kad je imenovan, pa tokom celog arbitražnog postupka, ako su pomenute okolnosti nastupile posle njegovog imenovanja.<sup>106</sup> U slučaju povrede ove obaveze, arbitar može odgovarati za štetu, posebno ukoliko, usled povrede ove obaveze, određene radnje u arbitražnom postupku u kojima je arbitar učestvovao moraju biti ponovljene.<sup>107</sup> O ovom pitanju biće reči u okviru izlaganja o pravnim posledicama povrede obaveza arbitara.

Obaveza obaveštenja o pomenutim okolnostima *pre* prihvatanja dužnosti arbitra u suštini predstavlja preventivnu meru kojom se stranama u sporu pruža mogućnost da se unapred, putem primedbe, usprotive imenovanju arbitra koji, prema njihovom viđenju, ne ispunjava zahteve nezavisnosti ili nepristrasnosti. Ako arbitar, pre prihvatanja svoje dužnosti, iznese sve okolnosti koje se mogu

---

<sup>102</sup> Čl. 19.3.

<sup>103</sup> Čl. 21.

<sup>104</sup> Čl. 23.

<sup>105</sup> Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, čl. 20.1 i čl. 23.1, Pravilnik BAC, čl. 19 i čl. 21.1.

<sup>106</sup> U kontekstu trajanja obaveze nezavisnosti i nepristrasnosti arbitra, potrebno je primetiti da u izvesnim slučajevima, okolnosti koje su nastupile *nakon* donošenja arbitražne odluke mogu ukazati da arbitar, tokom arbitražnog postupka, nije bio nezavisan ili nepristrasan. Tako na primer, Apelacioni sud u Parizu našao je u jednom slučaju da činjenica da se arbitar, jedan dan nakon donošenja arbitražne odluke, zaposlio kod jedne od strana u sporu, ukazuje na postojanje prethodnog odnosa između arbitra i strane u sporu koja je naknadno postala njegov poslodavac, što doводи u sumnju nezavisnost i nepristrasnost tog arbitra (CA Paris, Apr. 9, 1992, *Annahold BN v. L'Oréal*, 1996 *Revue de l'arbitrage*, 483, nav. prema E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 572 i 565).

<sup>107</sup> B. Berger, F.Kellerhals, nav. delo, str. 347.

smatrati relevantnim za ocenu njegove nezavisnosti i nepristrasnosti, a strane ne podnesu blagovremenu primedbu u tom pogledu, zahtev za njegovo izuzeće po istom osnovu podnesen nakon njegovog imenovanja, po pravilu ne bi bio prihvaćen. U tom smislu, putem ove mere, stranama u sporu se pomaže da izaberu odgovarajućeg arbitra i izbegnu rizik eventualnog zahteva za izuzeće u daljem toku arbitražnog postupka.<sup>108</sup>

Pomenuta obaveza arbitra je univerzalno prihvaćena u arbitražnom pravu. Tako na primer, UNCITRAL Model-zakon u čl. 12.1. predviđa: “Kad se neko obrati određenom licu u vezi s mogućnošću da to lice bude imenovano za arbitra, to lice je dužno da iznese sve okolnosti koje bi verovatno mogle dati povoda za osnovanu sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost...”.<sup>109</sup> Gotovo identično pravilo predviđeno je UNCITRAL Pravilima o arbitraži.<sup>110</sup> Obaveza obaveštenja na strani arbitra na sličan način predviđena je u najvećem broju nacionalnih zakona koji se odnose na oblast arbitraže,<sup>111</sup> uključujući i srpski Zakon o arbitraži koji u tom pogledu predviđa: “Lice koje je predloženo za arbitra dužno je da, pre prihvatanja dužnosti arbitra, saopšti činjenice koje mogu opravdano izazvati sumnju u njegovu nepristrasnost ili nezavisnost”.<sup>112</sup> Pomenuta obaveza arbitra sadržana je i u svim novijim pravilnicima institucionalnih arbitraža.<sup>113</sup> Sva ova rešenja, usvajanjem standarda “osnovane sumnje” u nezavisnost ili nepristrasnost arbitara, uz manje ili veće razlike, u osnovi prihvataju objektivan kriterijum oce-

<sup>108</sup> Inače, saopštavanje pomenutih okolnosti od strane arbitra ne znači, samo za sebe, priznanje postojanja konflikta interesa. Polazi se od pretpostavke da arbitar koji je ove okolnosti izneo smatra sebe nepristrasnim i nezavisnim uprkos postojanju pomenutih okolnosti; u suprotnom, takav arbitar bi odbio svoje imenovanje. Drugim rečima, svrha pomenute obaveze ogleda se pružanju mogućnosti stranama u sporu da ocene okolnosti relevantne za nezavisnost i nepristrasnost arbitra koji ih je o njima obavestio i da, u svetlu tih okolnosti, donesu odgovarajuću odluku o imenovanju arbitra.

<sup>109</sup> V. komentar ovog pravila u *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, str. 65 i dalje.

<sup>110</sup> Čl. 11.

<sup>111</sup> Uporedno-pravni pregled, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 577–580.

<sup>112</sup> Čl. 21.1. U domaćoj literaturi se u tom pogledu ističe da formulacija Zakona da je arbitar dužan da saopšti činjenice “koje mogu opravdano izazvati sumnju” znači širu obavezu u odnosu na odgovarajuća pravila UNCITRAL Model-zakona i UNCITRAL Pravila jer podrazumeva, “ne samo činjenice koje “verovatno” mogu izazvati opravdanu sumnju, već i one za koje je malo verovatno da takvu sumnju mogu izazvati” (G. Knežević, D.Pavić, nav. delo, str. 94).

<sup>113</sup> Uključujući i Pravilnik SA (čl. 20) i Pravilnik BAC (čl. 19.1). Detaljan uporedno-pravni pregled rešenja pravilnika insitucionalnih arbitraža, K. Daele, nav. delo, str. 1–63.

ne okolnosti koje je arbitar dužan da iznese u kontekstu njegove nezavisnosti i nepristrasnosti.

U tom kontekstu, posebnu pažnju zaslužuju Pravila ICC čije se rešenje, u pogledu prihvaćenog standarda ocene okolnosti koje se saopštavaju, razlikuje od većine ostalih izvora arbitražnog prava. Prema ovim Pravilima, budući arbitar, pre svog imenovanja ili potvrđivanja mora potpisati izjavu o prihvatanju, dostupnosti, nepristrasnosti i nezavisnosti. On je dužan da u pismenoj formi obavesti Sekretarijat o bilo kojoj činjenici ili okolnosti koja može biti takve prirode da dovodi u pitanje nezavisnost arbitra u očima strana u sporu, kao i bilo koju okolnost koja može dati povoda razumnoj sumnji u njegovu nepristrasnost.<sup>114</sup> Iz formulacije “u očima strana u sporu” proizilazi da Pravila ICC u pogledu ovog pitanja prihvataju subjektivan standard, što znači da se okolnosti relevantne za nezavisnost i nepristrasnost arbitara ocenjuju sa stanovišta strana u sporu.<sup>115</sup> U tom smislu, arbitri su dužni da pitanje okolnosti od značaja za njihovu nezavisnost i nepristrasnost ocene uzimanjem u obzir stanovišta strana u sporu.<sup>116</sup>

### *Poverljivost*

*Poverljivost kao prednost arbitraže.* – Tradicionalno, poverljivost se ističe kao jedna od osnovnih prednosti arbitraže u odnosu na državni sud. Upravo u poverljivosti arbitraže u kojoj se, za razliku od državnog suda, postupak odvija “iza zatvorenih vrata” ogleda se jedan od osnovnih razloga zbog kojih se poslovni ljudi opredeljuju za ovaj način rešavanja sporova. Tim putem oni mogu sačuvati od javnosti podatke koji se odnose na njihovo poslovanje, poslovne tajne, intelektualnu svojinu, kao i sam arbitražni spor.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Čl. 11 (2).

<sup>115</sup> V. detaljan komentar ovog pravila u J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, nav. delo, str. 122–127; H. Verbist, E. Schäfer, Ch. Imhoos, nav. delo, str. 65 i dalje.

<sup>116</sup> Ovim pitanjem posebno detaljno se bave Uputstva o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži usvojena od strane Međunarodne advokatske komore (IBA Uputstva) koja, kao i Pravila ICC, usvajaju subjektivan kriterijum pri oceni okolnosti koje je budući arbitar dužan saopštiti. Prema Opštem standardu 3. Uputstava ako postoje činjenice ili okolnosti koje, u očima strana u sporu, mogu izazvati sumnju u pogledu nepristrasnosti ili nezavisnosti arbitra, arbitar je dužan da ih saopšti stranama u sporu, arbitražnoj instituciji odnosno ovlašćeniku za imenovanje u *ad hoc* arbitraži i ostalim članovima arbitražnog veća, pre prihvatanja svog imenovanja ili nakon imenovanja, odmah pošto sazna za takve činjenice ili okolnosti (Opšti standard 3 a). Slučaj u kome postoji sumnja da li je određene činjenice ili okolnosti potrebno saopštiti ili ne, treba rešiti u prilog njihovog saopštavanja (Opšti standard 3 b).

<sup>117</sup> V. N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 33–34 i 136–143; Jelena Perović, Milena Đorđević, “Resolution of Commercial Disputes Through Arbitra-

*Obaveza poverljivosti.* - Arbitar, prihvatanjem svog imenovanja, po pravilu preuzima obavezu da sve informacije i podatke koji se odnose na arbitražni postupak i arbitražnu odluku čuva kao poverljive. U tom smislu, arbitar ne sme trećim licima iznositi informacije o identitetu strana o sporu, kao ni bilo koji podatak koji se odnosi na arbitražni postupak i arbitražnu odluku. Obaveza poverljivosti može biti posebno predviđena arbitražnim ugovorom ili u *receptum arbitrii*, iako je najčešće sadržana u pravilnicima institucionalnih arbitraža i etičkim kodeksima.<sup>118</sup> Arbitar koji povredi obavezu poverljivosti može odgovarati stranama za pretrpljenu štetu.<sup>119</sup>

*Pravilnici arbitražnih institucija.* - U pravilnicima arbitražnih institucija koji predviđaju obavezu poverljivosti, ona često nije ograničena na arbitre, već se odnosi i na strane u sporu i njihove zastupnike, kao i na samu arbitražnu instituciju.<sup>120</sup> S druge strane, Pravila ICC ne usvajaju obavezu poverljivosti u vidu opšteg pravila. Prema njima, arbitražno veće može, na zahtev bilo koje strane, doneti odluku o poverljivosti arbitražnog postupka ili bilo kog drugog pitanja u vezi sa arbitražom i može preduzeti mere u cilju zaštite poslovnih tajni i poverljivih informacija.<sup>121</sup> Za razliku od pravilnika drugih arbitražnih institucija koja poverljivost predviđaju kao opšte pravilo sa odgovarajućim izuzecima, Pravila ICC usvajaju fleksibilniji pristup, prepuštajući stranama i arbitražnom veću da o ovom pitanju odluče u svetlu okonosti konkretnog slučaja.<sup>122</sup> U Arbitražnom sudu ICC obaveza poverljivosti kao opšte pravilo predviđena je samo u kontekstu rada Suda.<sup>123</sup> U komentarima ovih Pravila konstatuje se da Sud i Sekretarijat čuvaju kao poverljive sve informacije i dokumente koji su primljeni u vezi arbitražnog spora, kao i

tion as a Contribution to Improvement of Business Environment in Serbia”, *Ekonomika preduzeća*, March–April 2013, Beograd, 2013, str. 249.

<sup>118</sup> Pregled ovih rešenja, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 612; N.Blackaby and C.Partasides with A.Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 136 i dalje.

<sup>119</sup> V. B. Berger, F.Kellerhals, nav. delo, str. 350–351.

<sup>120</sup> V. na primer Švajcarska Pravila, čl. 44.1; Milano Pravila, čl. 8.1; DIS Pravila, čl. 44.1 i sl. Jasno formulisanu odredbu u tom smislu sadrže Pravila BAC, prema kojima “BAC, stranke, arbitri, svedoci i veštaci čuvaju poverljivost postupka i arbitraže odluke u meri u kojoj to nije u suprotnosti sa merodavnim prinudnim propisima ili potrebom da se zaštite svoja prava” (čl. 9. st. 1).

<sup>121</sup> Čl. 22 (3).

<sup>122</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, nav. delo, str. 235.

<sup>123</sup> Interna pravila Međunarodnog arbitražnog suda, čl.1 (*Internal Rules of the International Court of Arbitration, art.1*).

informacije o njegovom sopstvenom radu; oni neće čak ni potvrditi postojanje arbitražnog spora bilo kom licu koje ne učestvuje u sporu.<sup>124</sup>

*Poverljivost deliberacije.* – Obaveza poverljivosti odnosi se i na deliberacije arbitražnog veća, što podrazumeva obavezu arbitara da stranama u sporu i trećim licima ne iznose informacije o toku i fazama deliberacije, kao ni rezultate većanja i glasanja. S druge strane, arbitar koji nije saglasan sa stavom većine članova arbitražnog veća može da izdvoji mišljenje, a u arbitražnoj odluci može se navesti da li je usvojena jednoglasno ili većinom glasova. U kontekstu poverljivosti deliberacije arbitražnog veća, švajcarski autori ističu da, u izuzetnim okolnostima, arbitar bez saglasnosti ostalih članova veća može obavestiti strane o određenim aspektima deliberacije - na primer da jedan od arbitara odbija da učestvuje u deliberaciji,<sup>125</sup> kao i o povredi pravila postupka ili prevarnim radnjama učinjenim od strane ostalih članova arbitražnog veća.<sup>126</sup> Pomenuti stav u ovom radu se u potpunosti podržava, uz konstataciju da se pozivanje na obavezu poverljivosti ne može koristiti kao “zaštitni veo” odnosno opravdanje da bilo koji nesavesan postupak (ili propuštanje) članova arbitražnog veća ostane skriven od strana u sporu. Inače, povreda obaveze poverljivosti deliberacije može uzrokovati odgovornost arbitra za štetu na isti način kao i povreda obaveze poverljivosti uopšte.<sup>127</sup> S druge strane, sa stanovišta srpskog prava, povreda obaveze poverljivosti deliberacije po pravilu ne predstavlja, sama za sebe, razlog za poništaj arbitražne odluke. Nasuprot tome, osnov za poništaj arbitražne odluke bio bi ostvaren ukoliko je u toku arbitražnog postupka, jedna od strana, usled povrede obaveze poverljivosti od strane arbitra, stavljena u privilegovan položaj, čime bi došlo do povrede načela ravnopravnosti strana u sporu.<sup>128</sup>

*Poverljivost arbitražne odluke.* - Arbitri su dužni da arbitražnu odluku čuvaju kao poverljivu, tj. da je ne objavljuju ni u celini ni u izvodima, osim ako su se strane drukčije sporazumele. U tom pogledu, pravilnici arbitražnih institucija često usvajaju nešto fleksibilniji pristup, predviđanjem da se odluka iz koje su isključeni podaci o stranama u sporu u načelu može objaviti ukoliko se strane sa tim saglase.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, nav. delo, str.235.

<sup>125</sup> V. u tom smislu čl. 30.2 Pravila LCIA.

<sup>126</sup> B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 518–519.

<sup>127</sup> V. B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 519.

<sup>128</sup> V. čl. 33. i čl. 58. st. 4. Zakona o arbitraži.

<sup>129</sup> V. na primer DIS Pravila, čl. 44.3, Milano pravila, čl. 8.2; Pravila BAC, čl. 9. st. 2.

Detaljne uslove u tom pogledu predviđaju Švajcarska Pravila, prema kojima, arbitražna odluka, u celini ili u vidu izvoda ili sažetka, može biti objavljena samo pod sledećim uslovima: da je zahtev za objavljivanjem upućen Sekretarijatu; da su izbrisani podaci o nazivu strana u sporu i da se nijedna od strana u sporu ne usprotivi obavljanju u roku određenom od strane Sekretarijata.<sup>130</sup> Kad je reč o poverljivosti arbitražne odluke donete pod okriljem Arbitražnog suda ICC, u komentaru Pravila ICC se navodi da Sud i Sekretarijat ne dostavljaju arbitražnu odluku bilo kom fizičkom ili pravnom licu osim stranama u sprou, njihovim zastupnicima i arbitrima, dok u okviru samog Arbitražnog suda, isključivo osoblje Sekretarijata ima pristup arbitražnoj odluci. Ipak, Sud može objaviti izvode iz arbitražne odluke, pošto izbriše nazive strana u sporu i sve podatke o njihovom identitetu, ukoliko strane sporazumno ne isključe mogućnost objavljivanja.<sup>131</sup> Posebno striktni uslovi u pogledu objavljivanja arbitražne odluke predviđeni su Pravilima LCIA, koja za objavljivanje arbitražne odluke pored saglasnosti strana u sporu, zahtevaju i saglasnost arbitražnog veća.<sup>132</sup> Obaveza poverljivosti u pogledu arbitražne odluke predviđena je i UNCITRAL Pravilima o arbitraži, prema kojima se arbitražna odluka može objaviti samo uz saglasnost obeju strana u sporu.<sup>133</sup>

#### PRAVNE POSLEDICE POVREDA OBAVEZA ARBITARA

*Opšta podela.* – U najopštijem smislu, pravne posledice povrede obaveza arbitara mogu se podeliti na one koje pogađaju arbitražnu odluku i one koje se odnose na samog arbitra.

*Poništaj arbitražne odluke.* – Povreda obaveza arbitara predstavljaće osnov za poništaj arbitražne odluke onda kad je, usled povrede obaveze, ostvaren neki od osnova za poništaj arbitražne odluke predviđen merodavnim pravom u svakom konkretnom slučaju. Kad je reč o srpskom pravu, za ovo pitanje relevantne su odredbe čl. 58. Zakona o arbitraži.

*Pravne posledice koje se odnose na samog arbitra.* – Pravne posledice koje se odnose na samog arbitra mogu se ogledati u prestanku dužnosti arbitra s jedne strane i njegovoj građanskopravnoj odgovornosti s druge strane. Povreda pojedinih obaveza arbitra (na primer onih koje se odnose na nezavisnost i nepristra-

<sup>130</sup> Čl. 44. st. 3.

<sup>131</sup> V. J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, nav. delo, str. 342.

<sup>132</sup> Čl. 30.3.

<sup>133</sup> V. čl. 34. st. 5. u celini.



snost) može prouzrokovati i krivičnopravnu odgovornost arbitra, na kojoj se u ovom radu nećemo zadržavati.

*Prestanak dužnosti arbitra.* – U izvorima arbitražnog prava široko je prihvaćena mogućnost prestanka dužnosti arbitra koji ne ispunjava svoje obaveze. Tako, prema UNCITRAL Model-zakonu, ako arbitar iz pravnih ili stvarnih razloga nije u mogućnosti da obavlja svoju dužnost ili je iz drugih razloga ne obavlja u primerenom roku, njegova dužnost prestaje ako se povuče s funkcije ili ako se strane sporazumeju o njenom prestanku. Inače, ako se strane ne saglase o bilo kom od ovih razloga, svaka strana može zahtevati od suda ili drugog nadležnog organa da donese odluku o prestanku dužnosti arbitra; protiv takve odluke žalba nije dozvoljena. Ako se na osnovu tog pravila ili pravila o izuzeću arbitar povuče sa dužnosti ili se strane sporazumeju s prestankom njegove dužnosti, time se ne priznaje osnovanost razloga za prestanak dužnosti arbitra.<sup>134</sup> Sličan osnov za prestanak dužnosti arbitra predviđen je u nacionalnim zakonima o arbitraži, pravilnicima arbitražnih institucija, kao i u UNCITRAL Pravilima o arbitraži.<sup>135</sup> Pravilo srpskog Zakona o arbitraži o prestanku dužnosti arbitra gotovo je identično rešenju UNCITRAL Model-zakona,<sup>136</sup> a slična pravila u tom pogledu predviđena su i Pravilnikom SA,<sup>137</sup> kao i Pravilnikom BAC.<sup>138</sup>

*Građanskopravna odgovornost arbitra.* – Pravni odnos između arbitra i strana u sporu, kao što je rečeno, uređen je ugovorom koji se između njih zaključuje – *receptum arbitrii*. Ovaj ugovor predstavlja osnov za građanskopravnu odgovornost arbitra u slučaju povrede obaveza koje je preuzeo prihvatanjem svog imenovanja. U kontekstu građanskopravne odgovornosti arbitra, kao ključno pitanje postavlja se da li arbitar odgovara za ispunjenje svojih ugovornih obaveza u smislu opštih pravila o ugovornoj odgovornosti ili je, na osnovu jurisdikcione funkcije koju obavlja, “izuzet” od ove vrste odgovornosti. U odgovoru na ovo pitanje, potrebno je učiniti distinkciju između obaveza arbitra koje direktno proizilaze iz njegove jurisdikcione funkcije i ostalih obaveza koje arbitar preuzima prihvatanjem svoje dužnosti. Razume se, pitanje se je potrebno posmatrati u svetlu mero-davnog prava u svakom konkretnom slučaju.

---

<sup>134</sup> Čl. 14 (1).

<sup>135</sup> Upporedno-pravni pregled, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 617–618.

<sup>136</sup> Čl. 25.

<sup>137</sup> Čl. 24.

<sup>138</sup> Čl. 20.

*Princip imuniteta za radnje direktno vezane za jurisdikciona ovlašćenja.* – Polazeći od jurisdikcionih ovlašćenja arbitra na osnovu kojih on, kao i sudija državnog suda, presuđuje spor, u arbitražnom pravu široko je prihvaćen princip da arbitar u načelu ne odgovara za radnje koje su direktno vezane za obavljanje njegove jurisdikcione funkcije, a to znači za samu arbitražnu arbitražnu odluku koju je doneo (npr. za pogrešnu primenu materijalnog prava ili pogrešnu ocenu činjenica).<sup>139</sup> Suština ovog principa ogleda se u potrebi zaštite arbitara u vršenju njihove jurisdikcione funkcije i ograničavanja strana u sporu da podnose tužbe protiv arbitara *in personam*, izvan postupka za poništaj arbitražne odluke. Takvim postupanjem strana ostvaruje se negativan efekat po pravnu sigurnost, ne samo u svakom konkretnom slučaju, već i kad je reč o arbitraži uopšte.<sup>140</sup>

Princip prema kome se arbitri u načelu ne smatraju odgovornim za radnje koje direktno proizilaze iz njihove jurisdikcione funkcije naročito je zastupljen u zemljama *common law* sistema, u kojima se označava kao princip “imuniteta” arbitara (*the principle of immunity*). U SAD, isključena je građanskopravna odgovornost arbitara za akte koje su preduzeli vršeći svoju dužnost, a sudska praksa arbitrima pruža najširu zaštitu od tužbi podnesenim protiv njih po ovom osnovu.<sup>141</sup> U engleskom pravu, arbitri ne odgovaraju za izvršenje njihove dužnosti osim ako su postupali nesavesno,<sup>142</sup> a slična rešenja usvojena su u Kanadi, Novom Zelandu i Australiji.<sup>143</sup> S druge strane, u većem broju zemalja evropsko-kontinentalne pravne tradicije, ovo pitanje nije zakonom regulisano. U odsustvu zakonskih pravila, pitanje je prepušteno sudskoj praksi koja ga rešava primenom opštih pravila obligacionog prava, u svetlu opštih načela arbitraže i uzimanjem u obzir relevantnih okolnosti svakog konkretnog slučaja. Ipak, u jurisprudenciji i doktrini zemalja *civil law* sistema preovlađuje stanovište koje usvaja princip imuniteta sa određenim ograničenjima.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> M. Stanivuković, nav. delo, str. 181.

<sup>140</sup> Detaljno, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 592 i dalje.

<sup>141</sup> V. N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, nav. delo, str. 330.

<sup>142</sup> Engleski Zakon o arbitraži, čl. 29. Detaljno o imunitetu arbitara u engleskom pravu, M.L.Smith, nav. delo, str. 31 i dalje.

<sup>143</sup> V. N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *ibidem*.

<sup>144</sup> Upporedno-pravni pregled, *The Arbitrator's Liability Report from the Club des Juristes*, Ad hoc Committee, June 2017, Paris, 2017, str. 22 i dalje; N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, str. 330–333; E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, *ibidem*.

Pomenuti princip posebno jasno je dolazio do izražaja u francuskoj jurisprudenciji.<sup>145</sup> Tako na primer, u sporu pred Sudom Remsa prve instance, jedna od strana u arbitražnom sporu podnela je protiv arbitara tužbu za naknadu štete koju je, prema njenim navodima, pretrpela zbog arbitražne odluke koju su arbitri doneli. Odlučujući u ovom sporu, sud je odbio tužbeni zahtev, ističući da se svi tužiočevi navodi suštinski odnose na opštu kritiku arbitara i tvrdnje da je arbitražna odluka pogrešna. Arbitri mogu odgovarati samo u slučaju krajnje nepažnje, prevare ili usled pristrasnosti prema jednoj od strana u sporu. U suprotnom bi zaštita, nezavisnost i autoritet arbitara bili svedeni na meru koja je inkompatibilna njihovoj jurisdikcionoj funkciji. Sud je otišao i korak dalje i prihvatio protiv-tužbu za naknadu štete koju su arbitri podneli protiv tužioca u ovom sporu.<sup>146</sup> U drugom slučaju, u kome je tužilac u tužbi za naknadu štete protiv arbitara isticao povredu procesnih pravila od strane arbitara, Pariski sud prve instance zauzeo je slično stanoviše, podvlačeći potrebu zaštite autoriteta i dostojanstva arbitara. U tom kontekstu, Sud je konstatovao da strana nema pravo da zahteva naknadu štete na osnovu navoda da su arbitri doneli pogrešnu odluku.<sup>147</sup>

*Ograničenja principa imuniteta.* – Princip imuniteta ni u jednom nacionalnom pravu nije prihvaćen u svom bukvalnom značenju i apsolutnom smislu. Naprotiv tome, pravni sistemi usvajaju značajna ograničenja ovog principa, utvrđujući slučajeve u kojima se arbitar ne može “osloniti” na imunitet. Ova ograničenja mogu se grupisati u dve kategorije: opšte ograničenje u slučaju namerne povrede obaveze od strane arbitra i posebno ograničenje u slučaju povrede obaveze otkrivanja sukoba interesa.<sup>148</sup>

Ograničenje principa imuniteta u opštem smislu postoji kad je povreda obaveze od strane arbitra rezultat njegove namere ili prevarnog ponašanja. I pored razlika koje u pogledu ovog pitanja postoje u zakonodavstvima, sudskoj praksi i doktrini uporednog prava (tako, negde se po ovom osnovu zahteva prevara,

---

<sup>145</sup> Više odluka francuskih sudova u pomenutom kontekstu navedeno je i analizirano u *The Arbitrator's Liability Report from the Club des Juristes*, nav. delo, str. 23 i dalje.

<sup>146</sup> TGI Reins, 27. septembar 1978, nav. prema E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 590–591.

<sup>147</sup> Odluka *Castin v. Gomez*, 2. oktobar 1985, nav. prema, *ibidem*.

<sup>148</sup> Ova sistematika usvojena je u E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 594 i dalje.

negde namera,<sup>149</sup> negde nesavesnost u smislu namere<sup>150</sup>),<sup>151</sup> moguće je na opšti način zaključiti da namerno ili prevarno postupanje arbitra u ispunjenju njegove dužnosti znači povredu njegove zakonske obaveze da spor vodi savesno i da strane u sporu tretira na jednak način. U takvom slučaju, arbitar je izuzet iz principa imuniteta i stranama odgovara za poruzrokovanu štetu.

S druge strane, polazeći od značaja nezavisnosti i nepristrasnosti arbitra, izvori arbitražnog prava, kao što je rečeno, predviđaju obavezu arbitra da strane u sporu i arbitražnu instituciju odnosno ovlašćenika za imenovanje u *ad hoc* arbitraži obavesti o mogućem sukobu interesa. U slučaju povrede ove obaveze, arbitar stranama odgovara za štetu.<sup>152</sup> To posebno dolazi do izražaja u slučajevima kad su strane, usled povrede ove obaveze, izložene dodatnim troškovima i gubitku vremena, kao na primer kad određene radnje u arbitražnom postupku moraju biti ponovljene<sup>153</sup> ili ako je pokrenut postupak za poništaj arbitražne odluke.

*Odgovornost za ugovorne obaveze arbitra.* – Iako arbitri uživaju određeni stepen imuniteta kad je reč o arbitražnoj odluci koju donose, oni odgovaraju za ispunjenje obaveza koje su preuzeli prihvatanjem svoje dužnosti.<sup>154</sup> Reč je o obavezama koje se odnose na način vođenja arbitražnog postupka, a koje su bile predmet analize u ovom radu. U tom smislu, arbitar koji ne ispunjava svoje obaveze onako kako je ugovoreno (neposredno arbitražnim ugovorom ili posredno –

<sup>149</sup> U određenim sudskim odlukama i stavovima doktrine, nameri se dodaje i krajnja nepažnja. Ipak, sporno je da li krajnja nepažnja može dovesti do građanskopravne odgovornosti arbitra (v. E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 598–599).

<sup>150</sup> Kao što je rečeno, engeski Zakon o arbitraži (čl. 29) predviđa da arbitri ne odgovaraju za izvršenje njihove dužnosti osim ako su postupali nesavesno. U engleskoj doktrini pojam “nesavesnosti” u ovom kontekstu tumači se u smislu namernog postupanja arbitra. V. *Mustill & Boyd*, 2nd edition, 2001 Companion, str. 300 (nav. prema *The Arbitrator’s Liability Report from the Club des Juristes*, nav. delo, str. 111) gde se konstatuje: “the concept of dishonesty (or bad faith, to use the terminology of section 29) involves, we consider, conscious and deliberate fault on the part of the arbitrator.”

<sup>151</sup> Detaljan uporedno-pravni pregled, *The Arbitrator’s Liability Report from the Club des Juristes*, nav. delo u celini.

<sup>152</sup> V. odluke francuskih sudova u tom pogledu, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 594–597.

<sup>153</sup> Na primer u slučaju izuzeća arbitra.

<sup>154</sup> Reč je o stavu koji je široko prihvaćen u uporednom pravu. V. *The Arbitrator’s Liability Report from the Club des Juristes*, nav. delo, str. 33 i dalje; B. Berger, F. Kellerhals, nav. delo, str. 351; *Russell on the Law of Arbitration*, Walton and Vitoria Eds., 20<sup>th</sup> ed., Stevens and Sons, 1982, str. 121 i dalje; E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 619; N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, str. 331 i dalje.

ugovaranjem pravila određene arbitražne institucije ili izborom merodavnog prava ili pravila), odgovara za štetu u smislu opštih pravila obligacionog prava, osim ako ta odgovornost ugovorom nije isključena.

Nacionalni zakoni koji se odnose na oblast arbitraže najčešće ne sadrže pravila o građanskopravnoj odgovornosti arbitara. Jedan od izuzetaka u tom pogledu učinjen je u austrijskom Zakoniku o građanskom postupku, prema kome, arbitar koji ne ispunjava dužnosti koje je preuzeo prihvatanjem svog imenovanja, ili koji ih ne ispunjava u predviđenom vremenu, *odgovara* stranama za svu štetu prouzrokovanu njegovim skrivljenim odbijanjem ili docnjom.<sup>155</sup> U istom smilu, italijanski Zakonik o građanskom postupku o čijim rešenjima je bilo reči, predviđa da arbitri odgovaraju za štetu, ne samo u slučaju povlačenja bez opravdanog razloga, već i ako je arbitražna odluka poništena zbog propuštanja roka za njeno donošenje.<sup>156</sup> Ipak, i pored odsustva izričitih zakonskih pravila, sudska praksa i doktrina najvećeg broja zemalja čvrsto stoje na stanovištu da arbitri nose građanskopravnu odgovornost<sup>157</sup> zbog povreda obaveza koje se odnose na vođenje arbitražnog postupka.<sup>158</sup> Polazeći od toga, arbitražne institucije sve češće u svoje pravilnike unose klauzule o isključenju ili ograničenju odgovornosti arbitara i samih arbitražnih institucija.<sup>159</sup>

## ZAKLJUČAK

Analiza obaveza arbitara učinjena u ovom radu upućuje na više zaključaka. Na prvom mestu, pravni odnos između arbitara i strana u sporu uređen je ugo-

---

<sup>155</sup> Čl. 594. st. 4.

<sup>156</sup> Čl. 813. st. 2.

<sup>157</sup> U tom kontekstu, pojedini autori sugerišu da treba povući distinkciju između obaveza arbitra koje spadaju u kategoriju obligacija rezultata i obaveza koje se smatraju obligacijama sredstva (uopšte o podeli obligacija na obligacije rezultata i obligacije sredstva, S. Perović, nav. delo, str. 90–94). Tako na primer, arbitar koji se povukao sa dužnosti bez opravdanog razloga, koji nije poštovao rok za donošenje arbitražne odluke ili je propustio da ga produži, povredio je obligaciju rezultata, te odgovara za štetu s obzirom da nije ostvaren cilj radi koga je obligacija nastala. Kad je reč o obavezama arbitra koje ulaze u kategoriju obligacija sredstva, odgovornost arbitra postoji samo ako ih nije preduzeo sa dužnom pažnjom (v. E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, nav. delo, str. 621). Ipak, ovaj pristup je u doktrini kritikovan, isticanjem da se pomenuta podela obligacija sa terena klasičnog obligacionog prava ne može uspešno preneti na arbitražu, pre svega zato što je u arbitraži teško povući jasnu granicu između obligacija obligacija rezultata i obligacija sredstva (v. *The Arbitrator's Liability Report from the Club des Juristes*, nav. delo, str. 33).

<sup>158</sup> Uopredno-pravni pregled, *The Arbitrator's Liability Report from the Club des Juristes*, *ibidem*.

<sup>159</sup> V. na primer Pravila ICC, čl. 41, Pravila LCIA, čl.31, Stokholm Pravila, čl. 52, DIS pravila, čl. 45, i sl.

vorom koji se između njih zaključuje. Na osnovu ovog ugovora, arbitri stiču prava i preuzimaju obaveze koje se odnose na arbitražni postupak. Arbitar mora biti nezavisan i nepristrasan u odnosu na strane u sporu i predmet spora i da poštuje osnovna načela arbitražnog postupka. To su osnovne i univerzalno prihvaćene obaveze arbitra koje proističu iz njegovih jurisdikcionih ovlašćenja i čija povreda povlači poništaj arbitraže odluke. Prihvatanjem imenovanja, arbitar preuzima niz drugih obaveza u arbitražnom postupku. Najznačajnije od njih odnose se na:

1) *dužnu pažnju* koja podrazumeva obavezu arbitra da posveti dovoljno vremena arbitražnom sporu za koji je imenovan, kao i da analizira i rešavanju spornih pitanja pristupa sa znanjem, stručnošću i sposobnostima koji su u konkretnom slučaju potrebni. Arbitar je dužan da postupak vodi efikasno i da poštuje relevantne procesne rokove, a posebno rok za donošenje arbitražne odluke;

2) *presuđenje spora*, što znači da je arbitar dužan da arbitražni postupak sprovede do kraja, tj. do njegovog okončanja donošenjem konačne arbitražne odluke. Od trenutka kad prihvati svoje imenovanje, arbitar se ne može povući iz spora bez opravdanih razloga. Ovo pravilo, čiji se *ratio* ogleda pre svega u sprečavanju arbitra da vrši opstrukciju postupka neopravdanim povlačenjem, široko je prihvaćeno u pravilnicima arbitražnih institucija;

3) *obaveštenje o mogućem sukobu interesa* koje proističe iz univerzalno prihvaćenog zahteva za nezavisnošću i nepristrasnošću arbitra. Izvori arbitražnog prava predviđaju obavezu arbitra da obavesti strane u sporu i arbitražnu instituciju odnosno ovlašćenika za imenovanje u *ad hoc* arbitraži o svim činjenicama i okolnostima koje mogu dovesti u pitanje njegovu nezavisnost ili nepristrasnost. Obaveza obaveštenja postoji kako pre prihvatanja dužnosti arbitra, tako i nakon toga, a to znači od dana kad je imenovan, pa tokom celog arbitražnog postupka, ako su pomenute okolnosti nastupile posle njegovog imenovanja;

4) *poverljivost* koja podrazumeva da arbitar, prihvatanjem svog imenovanja, po pravilu preuzima obavezu da sve informacije i podatke koji se odnose na arbitražni postupak i arbitražnu odluku čuva kao poverljive. Arbitar ne sme trećim licima iznositi informacije o identitetu strana u sporu, kao ni bilo koji podatak koji se odnosi na arbitražni postupak i arbitražnu odluku. Obaveza poverljivosti može biti posebno predviđena arbitražnim ugovorom ili u *receptum arbitrii*, iako je najčešće sadržana u pravilnicima institucionalnih arbitraža i etičkim kodeksima.

Pravne posledice povrede obaveza arbitara mogu se podeliti na one koje pogađaju arbitražnu odluku i one koje se odnose na samog arbitra. Povreda obaveza arbitara predstavlja osnov za poništaj arbitražne odluke onda kad je, usled povrede obaveze, ostvaren neki od razloga za poništaj arbitražne odluke predviđen

merodavnim pravom. Pravne posledice koje se odnose na samog arbitra mogu se ogledati u prestanku dužnosti arbitra s jedne strane i njegovoj građanskopravnoj odgovornosti s druge strane.

U kontekstu građanskopravne odgovornosti arbitra, kao ključno pitanje postavlja se da li arbitar odgovara za ispunjenje svojih ugovornih obaveza u smislu opštih pravila obligacionog prava o ugovornoj odgovornosti ili je, na osnovu jurisdikcione funkcije koju obavlja, "izuzet" od ove vrste odgovornosti. U odgovoru na ovo pitanje, čini se distinkcija između obaveza arbitra koje direktno proizilaze iz njegove jurisdikcione funkcije i ostalih obaveza koje arbitar preuzima prihvatanjem svoje dužnosti. U arbitražnom pravu široko je prihvaćen princip da arbitar u načelu ne odgovara za radnje koje su direktno vezane za obavljanje njegove jurisdikcione funkcije, a to znači za samu arbitražnu odluku koju je doneo (princip imuniteta). Ipak, ovaj princip poznaje i značajna ograničenja, pre svega u pogledu povreda obaveza koje su rezultat namere ili prevarnog ponašanja arbitra. S druge strane, arbitri odgovaraju za ispunjenje obaveza koje su preuzeli prihvatanjem svoje dužnosti a koje se odnose na način vođenja arbitražnog postupka. U tom smislu, široko je prihvaćeno da arbitar koji ne ispunjava svoje obaveze onako kako je ugovoreno odgovara za štetu u smislu opštih pravila obligacionog prava, osim ako ta odgovornost ugovorom nije isključena.

Obaveze arbitara i pravne posledice njihove povrede analizirane u ovom radu u značajnoj meri determinišu tok arbitražnog postupka i osnov za pokretanje odgovarajućih sudskih postupka nakon donošenja arbitražne odluke.

Prof. Dr. JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ  
President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović,  
full professor, Faculty of Economics, University of Belgrade

## OBLIGATIONS OF ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

### Summary

The paper analyses the obligations of arbitrators in international commercial arbitration. In that respect, the paper focuses on: the relationship between arbitrators and parties (I) the determination and analysis of the arbitrators' obligations: the principal obligations – to act equitably and impartially and to treat the parties equally throughout the proceedings – and the other arbitrators' obligations, namely duties of care, diligence and expedition, duty to pursue the functions until the final award is made, duty to disclose potential conflicts of interests and duty of confidentiality (II)

and on the analysis of the legal consequences of non-compliance with the arbitrators' obligations: setting aside of arbitral award, termination of the arbitrators' functions and arbitrators' civil liability (III). The analysis is made in light of the solutions of the uniform rules, national arbitration statutes and contemporary arbitration trends with special emphasis on the relevant rules and best practices of the world's major arbitration institutions.

*Key words:* arbitrator, obligation, arbitration, arbitration agreement, arbitral procedure



THOMAS MEYER

## TECHNIC AND LAW – CLARIFICATIONS AND CHALLENGES

*Next to migration and climate change, digitalization is one of the top topics in nowadays global discussion. Digital change is assumed to initiate a general change in labor, finance, development and other sectors. Since Law and the legal sector do have a reputation being not the most innovative speculation take place, it is a question of concern if Law is able to cope with the digital change. Digital change in Law must be seen from two perspectives. How to cope digital change with traditional legal instruments and to which extent these must be adapted and how new technologies will change the way of legal proceedings. The contribution tries to give an overview on recent developments. One reference point is with the common paper of the Conference of the Ministers of Justice of the Federal States of Germany, which was published in 2017 and handle the first issue, how civil law must be adjusted in order to cope with the upcoming challenges. In the result it is stated there that changes are needed only to a minor extent. With the use of new technologies in legal proceedings just starting points are given, which can be used to make legal proceedings more efficient.*

*Kew words: Digital change, legal tech, Big Data, Smart Contracts, Autonomous Robots, Blockchain*

### INTRODUCTION

2019 is a special year for the Kopaonik School for Natural Law since it is the first time, it will take after its founder and spiritus rector, Prof. Dr. Slobodan Per-

---

Dr. Thomas Meyer, Program Manager at the GIZ. The Author is heading the regional program “Legal Approximation towards European Standards in the South Caucasus” which is implemented by the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, commissioned by the German Federal Ministry on Economic Cooperation and Development (BMZ).

ovic, whom I have the pleasure to know since 2002, where I met him in my that time function as the head of the legal and judicial reform project of GIZ, commissioned by the German Government, passed away. Even knowing, that his inheritance will be preserved by those, who are taking over the burden of responsibility to continue with the work to gather legal scientist and practitioners from all over former Yugoslavia, from Europe and from the world, the world will miss Prof. Perovic. I can call myself a lucky one, since I had the pleasure doing collaboration with Prof Slobodan Perovic. Next to cooperate with him in his function as founder and chairman of the Kopaonik School and with the Serbian Lawyers Association, he acts as expert, e.g. he gave expert opinions on the Draft Law on Obligations of Bosnia and Hercegovina. It would be not possible to list all of those, which will continue in their commitment to the Kopaonik School, or at least it isn't necessary to do so here, since I am sure it will be done with several other papers and publications as I am convinced, that the spirit of Prof. Slobodan Perovic is present with us now and in the future, not only when we meet each other on the mountain of Kopaonik.

This year's topic of the Kopaonik school isn't the first time, that digital change was discussed within the annual gathering. I remember papers on crypto currencies, block chain and other phenomena of that change, which is in the actual global development discussion next to migration and climate change one of the top three topics, important for the future of us all.

Already in 2011 at a postgraduate event of the South East European Law School Network in Zagreb a young Croatian assistant presented a paper, where one of his ideas was, to handle cases, where electronic agents in security markets cause harm, by awarding some kind of identity to that agents, and by this creating, next to the natural and legal persons, digital persons. The legal scholars and scientist present that day were very friendly in denying this idea, since an electronic agent isn't more than other tools, used for different purposes to leverage or replace human work. It's a machine. And only because it is used for making decision it doesn't mean that it need a legal identity. No one would get the idea, to give a legal identity to dices, just because it was used to decide a game. Nevertheless it is obviously, that the approach of that young scholars, who is by the way not the only one who make thoughts on that direction, is reflecting, that with digital change phenomena arises, where it is the task of legal science to study, if these new phenomena needs new institutions or other legal tools to cope with them, how to use traditional legal instruments on these phenomena, how the new instruments from the technic sphere have an impact on law by using new technologies in the legal sphere. With this contribution a short overview on the ongoing discussion in particular from Germany will be given.

Speaking on digital change due to the vagueness of that term, I would like to introduce from my experiences in the field a short narrowing of the topics ahead. When talking about digital change in general following phenomena are under discussion: Big Data, Artificial Intelligence, Autonomous Robots, Distributed Ledger technologies, Internet of things. These areas do have overlapping, which will partly be mentioned later, if needed. In order not too lose those readers, which are may not as deep in the matter (legal professionals do not have the reputation being the most digital literate in the field of social science), find at the End a short Glossary on actual terms to have an idea, what is meant with these.

In the following I would like to focus on two aspects of technology and law. First, it will be presented, to which extent at least a part of the German legal community considers changes in the legal framework needed to cope with the new and upcoming technologies. In a next part it will be shown, to which extent new technology is or is planned to be used within the legal practice<sup>1</sup>.

#### THE NEED FOR ADAPTIONS OF THE LEGAL FRAMEWORK

Here I will only focus on civil law and to some extent civil procedural aspects<sup>2</sup>. A related approach was given with a common paper of the Conference of the Ministers of Justice of the Federal States of Germany, which was published in Mai 2017<sup>3</sup>. Already in June 2015 a working group was created at their annual meeting, since it was clear for all participants that a more and more digital society has a need for a reliable legal framework as society as such has<sup>4</sup>. The outline of the report was focussed on: the legal quality of data; the impact on contract law; the issue of personal rights and the question of Digital Inheritance

The approach took in mind, that civil law is on such an aggregated level, that it covered several dramatic changes in the society like the industrial revolution or like the mass wise contracting, which is nowadays usual. As already said by Michel de Montaigne in his essays, whenever you have a well working legal framework and you want to change it, the reasons for change must be much bet-

---

<sup>1</sup> A related approach is taken by Herberger in *Artificial Intelligence an Law, Neue Juristische Wochenschrift /New Judicial Weekly*, 2018, 2825 ff.

<sup>2</sup> In particular with the usage of automated weapon systems a row of international public law but as well criminal law aspects could be raised.

<sup>3</sup> [https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler\\_neustart/index.php](https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/index.php) In the following: the report.

<sup>4</sup> Report, Page 5.

ter then leaving it as it is<sup>5</sup>. The Report is warning on a special treatment on digital phenomena, only because there are digital. As always, to keep the aggregated character of civil law, it should be prevented to establish a special legal framework for every new aspect<sup>6</sup>.

### *The legal quality of data*

In its first consideration the report is covering the question, how data can be categorized. In reflection of the analogue world the report is focussing on the assignment of data. As with physical objects, which is assigned by property rights, the same approach is taken. In its summary, this property rights are assigned to that body, which has access to it. The one who is able to store, process, sell or to delete it, is assumed as being the owner of data<sup>7</sup>. By this the report is referring to both, the single data and the sum of data. With single data in the European Discussion a focus is given to the issue of data privacy, resulting in the General Data Protection Regulation<sup>8</sup>, which covers just the issue of personal data and its handling by those, storing and using it. With Big Data another kind of data is targeted. Depending on the use case, data on moving, online buying, behaviour on websites and with applications are collected and used for business purposes. Approaches by scholars to let those, which do produce such data participating in the business use aren't mentioned in the report<sup>9</sup>. In fact, for the "producers" these data don't represent any relevant economic value. That's only the case, if collecting enormous amounts of these data, since only then new mechanism on data exploitation create economic welfare. The report states that the general rules in competition and anti-monopoly law are enough to handle misuse of arising market power. In fact, in particular after the Cambridge Analytics affair, where facebook data was used to influence the US election campaign, the discussion on limiting the market power of the big five<sup>10</sup> is a topic in EU and the US Federal Trade Commission has a focus on them.

<sup>5</sup> Michel de Montaigne, *Essays*, Book I, Chapter 22 Release Date: September 17, 2006 [EBook #3600], <https://www.gutenberg.org/files/3600/3600-h/3600-h.htm#link2HCH0022>

<sup>6</sup> Report, Page 6

<sup>7</sup> Report, Page 9

<sup>8</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

<sup>9</sup> Jaron Lanier, Simon & Schuster, *Who owns the future ?*, Simon & Schuster, 2013.

<sup>10</sup> Apple, Alphabet (Google), Microsoft, facebook and Amazon, see e.g. <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-11-15/the-big-five-could-destroy-the-tech-ecosystem>.

In the result, the report can be summarized, that there isn't an actual need for a special regulation on data regarding property rights<sup>11</sup>. Access to digital assets<sup>12</sup> is an issue in current legal practice. How to transfer digital assets to the heir? How to manage them in case of legal incapability. How to enforce e.g. in a crypto currency wallet? Could digital assets be used as a security. The European Legal Institute is actual working on recommendations for the European Commission on needed guiding principles with regard to access to digital assets<sup>13</sup>. Also, from here, no actual legislative initiative is on the run.

### *Digital Contract Law*

European Law is up to now quite focussed on contracts on digital contents<sup>14</sup>. So, e.g. a contract on a software and if its sales law or a license. The contract with the internet or cloud computing provider, a streaming service like Netflix or Spotify, opening of a social media account. Another question is, if the contract is agreed upon by digital means, what is at least in the continental European context just a question of form. The report is referring as well to other phenomena like automated contracting where one could ask if smart contracts are not only one variant of. In the result, the report does not see a special need for legislative action in this field<sup>15</sup>. Apologist of new technologies are promoting it under the brand "Code is Law"<sup>16</sup>, while critical thinkers see them as a new tool to limit if not eliminating the freedom of contract<sup>17</sup>. First use cases of smart contracts are e.g. automated rental contracts, where the smart part is the fact, that it isn't possible to open the door, when payment is delayed. Other much more

---

<sup>11</sup> See Report, page 68.

<sup>12</sup> In the result digital assets are a subgroup of data in the sense, that its transferable data with an economic value.

<sup>13</sup> <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/access-to-digital-assets/>

<sup>14</sup> E.g. Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92–125, Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136, 22.5.2019, p. 1–27

<sup>15</sup> Report, Page 19.

<sup>16</sup> The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code, by Samer Hassan and Primavera De Filippi, Field Action Science Reports, Special Issue 17 | 2017 : Artificial Intelligence and Robotics in the City, p. 88–90, <https://journals.openedition.org/factsreports/4518#tocto1n1>.

<sup>17</sup> Rolf Knieper, *Von der Vertragsfreiheit zum smart contract (from freedom of contract to smart contract)*, Kritische Justiz 2019, Seite 2 ff.

complex ones are e.g. Decentralized Autonomous Organizations (DAO's), often or mostly based on platforms like Ethereum<sup>18</sup>, where users are setting up smart contracts to run some business. In the theory smart contracts are agreed by the parties in form of a code to decentralized computer program with the typical "If ... then" logic<sup>19</sup>. This differs not much from usual contract negotiations, where the logic is at least comparable (If you pay me X, then I give you Y). Who ever tried to open a crypto currency wallet (and isn't an expert on informatic), knows, that in general the unexperienced one simply must believe, that the offer is, like it is explained in plain language<sup>20</sup>. That's as well the reason, why the slogan "Code is Law" is far from the legal reality (at least in continental European Law), since the content of a contract is not determined by the written text (or here the computer code) but by the real will, which has to be explored within a legal proceeding, if the party do have a different understanding afterwards. The danger lies in the fact, that it is possible to build a smart contract in a way, that its self-executing. When the event X takes place and is digitally experienceable, the event Y will take place automatically. In fact, that could cause, that in legal practice a transaction (within a contractual relationship) has to be reversed. Also nothing, what a developed legal system can't handle.

The report continues in listing new technical developments and reflect that to identify, if deep legislative changes are needed. In most areas, no need was identified. Just in details, like the right to claim information against hosts of social media<sup>21</sup>. Obviously or at least by the opinion of the authors of the report, most phenomena of digital change don't create a need to adapt the legal environment in an essential way.

### *Legal Tech*

In the same way, start-ups promoting new technology as the solution for everything, legal tech became a brand of a brave new world. Keywords are here automated arbitration, prediction of legal decisions and automated document analysis to name only the most popular ones. In fact, online tools to claim against others are already reality. Most prominent example in Germany is the claiming of

---

<sup>18</sup> <https://www.ethereum.org/>.

<sup>19</sup> Technicians wouldn't agree on that, but in the essence it is.

<sup>20</sup> Fun fact is, that in the "Bitcoin fundamentals" at Berkely the most secure way to hold a wallet is, to remember by heart the private keys (which have a lengths of 128 signs) used. That's maybe a way to get popular in a casting show (UK got's talent or likewise) rather than a realistic way to store values.

<sup>21</sup> Report, page 322.

passenger's compensation. In fact the most offers<sup>22</sup> are just portals, where one can specify its case and the portal checks, if passenger compensation has to be paid by the airline, through checking, if the named flight had delay in a way, EU legislation grant that rights. Other tools are analytical tools for legal research or formulation of legal texts<sup>23</sup>. While with the latter more distinguished machines are created to ease attorneys work<sup>24</sup> digital tools to decide if a claim is given and then automatically paid by the defendant could cause irritations. So far, these tools are only used with highly standardized cases, like it the compensation of passenger in air traffic at delay of a flight. What would be, if parties do use that tools also in more complex issues? Let's have a look to another phenomena: prediction of legal decisions by complex algorithms. By means of artificial intelligence comprehensive surveys were done to predict, what a specific judge would decide in a specific case<sup>25</sup>. Surveys do show, that with simple cases, these algorithm are mostly worst then professional human lawyers, while in complex cases the algorithms seems to better predict the real decision. That shows from my understanding a general problem of artificial intelligence, since every legal scientist knows, that in complex cases there are no decisions, which could be claimed to be right or wrong. In legal decisions humans are deciding not, because they do only right decisions, but because they are legitimated to make a legally binding decision. An algorithm can only say false or true. By this, it isn't able to use its legal knowledge and reflect it on the specific case in a specific cultural surrounding. What was wrong 200 years isn't necessarily so nowadays. But this flexibility is part of the legitimation of a judicial decision and a precondition for implementation of high aggregated legal instruments und changing circumstances.

## SUMMARY AND CONCLUSION

Digital change is an issue for legal science and practice and can be handled with a modern understanding of well-established legal instruments. Nevertheless, a general understanding of digital phenomena is needed to categorize new technologies in an adequate manner. Just to trust technical experts isn't enough but a

---

<sup>22</sup> I don't list them here, since that would be only advertising.

<sup>23</sup> See the overview by Martin Fries: *PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?*, NJW 2016, page 2860 ff.

<sup>24</sup> E.g. by using analytic instruments, researching masses of documents, which is particular in due diligence proceeding a usual practice under US Law.

<sup>25</sup> See Ludwig Bull und Felix Steffek, *Die Entschlüsselung rechtlicher Konflikte*, Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2018, p. 165–169.

general understanding of the phenomena is needed with lawyers. New technologies used within legal services are an issue, even when the promises of the apologists of digital change brand every new software tool as the most important invention ever. As always legal practice will handle digital change if they are open enough to understand and use the new technologies and wise enough to keep a clear mind in its opportunities.

That doesn't mean, that new technology hasn't use case in practice and opens new horizons. Decentralized Ledger Technologies like Blockchain can be used to create unforgeable transaction records. In Georgia, each register entry is published as a pdf file, which contains a so-called hash, registered on a blockchain. By downloading the file, one can proof the register entry as being real. On the other hand start-up's promised, that the whole land registry could be replaced by a blockchain based solution. Being active in the reform of land registries in a row of country for decades I can state, that usually the register itself isn't a problem but the definition of the objects to be registered and the documentation of already existing property rights on these objects. In none of the concepts so far I did see any approach to tackle these real problems but just solutions of the recording of transactions. Nevertheless, DLT can be a way to create trust in the content of that transaction record and, combined with methodologies of digital identities, certainty who transact to whom<sup>26</sup>

## GLOSSAR

### *Big Data*

By increasing use of end user devices, these (and other sources) produces different data in large amounts. These could be data on moving of an individual device like a smart phone, activities in social media (e.g. when you like some post in Face Book), data on online services requested, queries in search engines etc. Big data isn't restricted on this. One extremely important example is actual research in particular with natural science. E.g. the Large Hadron Collider of the CERN, the European Nucleus Research Center produce with every round of experiment enormous masses of data, which is as big, that a human being isn't able to research it during its lifetime. Big Date became only an issue due to the computing power and new programming techniques (e.g. the legendary algorithms), which enables, together with new methodologies of computer programming to make use of that masses of data available. That's precondition for the ongoing suc-

---

<sup>26</sup> See the youtube video on Daimler Blockchain mobility platform to show how that could work, see FN 25.



cess of behavioural science, which enable social science to a so far not known extend being based on quantitative evidence. Kahnemann got for its studies, based on the asymmetries between fear of loss against hope to win (Loss aversion) a Nobel Prize on Economic Science in 2002. All over all, Big Data is the main reasons, why companies like Google became one of the big five from Silicon Valley

### *Artificial Intelligence*

The term itself is misleading, since no one claims, that machines getting overall smarter than human beings. But they do in very limited scope. After its introduction in the 50'ies it became silent for the term. As well connected to the increasing computing power and the use of self-learning algorithm AI is expected to be one of the reasons for a new technologic area. AI is the base for many new technologies like face recognition, voice recognition, language translating (Google developed algorithms to learn languages without previous data collection (= big data, see above), autonomous machines. In particular the latter aspect is crucial, since the machine start to make algorithm based decisions, which is the starting point of an ongoing and open discussion from several scientific disciplines.<sup>27</sup>

### *Autonomous Robots*

Autonomous Robots aren't a topic on its own, since they are "only" applications of new technologies used for automatization of several tasks. The most discussed ones are autonomous cars as well as autonomous weapon system (cynically enough, they are partly named as: Lethal Autonomous Weapon Systems, abbreviated with "LAWS"<sup>28</sup>). Anyhow, autonomous robots do show to the most visible extend challenges, appearing from that new technologies. In General, with the use of self learning algorithm which result in autonomous decisions the question appears, who is responsible, if the decision is causing harm. This is in particular true for the use of autonomous weapons in the fight of terrorism. The permanent use of drones is such an example, even when in most of the cases these are not self deciding machines but those with remote control (and we don't go here for a judgement of military action against international criminals, which are killed by foreign forces on foreign territory). In recent discussions, the so-called

---

<sup>27</sup> A wonderful interdisciplinary scientific overview on thoughts on Artificial Intelligence could be found under <https://www.edge.org/>.

<sup>28</sup> <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/publikationen/lethal-autonomous-weapons-systems-technology-definition-ethics-law-security-1529490>.

ethical dilemma of autonomous cars is in the focus of international discussion. Since car accident can't be excluded in total, even when it seems to be clear that they would be reduced by using that technology the question arises, who and to which extent anyone is liable for caused harm. A thought experiment is often used. If at a certain situation the car does have the choice to decide either to damage a young woman with a kid or an elderly pensioner, how that should be decided. The example shows a general problematic since an autonomous driving car isn't able to make an ethical acceptable choice. In big surveys people from the AI scene try to find out, how to solve that ethical dilemma. The answer seems to be clear, that there isn't any solution and it doesn't matter, which choice will be done. Every choice would be unethical, since causing harm as such is unethical.

### *Distributed Ledger Technologies*

The main use case of DLT is so far the Blockchain and from that bitcoin or other crypto"urrencies". The phenomena was created in 2009 and in the meanwhile cryptocurrencies and - assets start to show its potential for financial markets. On the other side, it is a good example, how the hype on a new digital trend becomes self-fulfilling. In the substance DLT is combining a decentralised data base, which is at blockchain application multiple stored in knot points of an open network, so called "nodes", and cryptography of the users of that network. Transactions of virtual values (e.g. a bitcoin) is recorded in a block, which contains a number of these transactions. If a block is full, the blocks are connected by so called hashes, which can be found by a high complex mathematical riddle. As an award the one, who is finding a valid solution, gain an amount of bitcoins, which do have its value by the trust of others. Technicians may forgive me, since it's a bit more complicated, but hopefully agree, that this describe at least the outline of the blockchain mechanism. All major actors on financial markets do invest actually reasonable resource in participating in that development. But even after ten years from setting up the starting point of the bitcoin blockchain (there are in the meanwhile hundreds of these cryptocurrencies), bitcoin is somehow a niche product and the whole market capitalisation is around 300 Billion Euros, what sounds not as much knowing, that the daily turn over of financial markets is around 1,6 Trillions a day. Nevertheless, the decentralised data storage and its connection to cryptography is from high interest, since the ledger, where the transactions are stored are practically unforgeable and represent a data set, which can't be changed afterwards. The actual developments go for several pilots in particular with registers (in particular land registers are focussed), value chains

(tracking a product from the mining of raw material to the end product), other financial products, digital identities etc. The technology is as well the base for so called “smart contracts” which are in the result nothing else as a computer program which implement an agreement automatically. This seems to be in the core of legal institutions and will be one of the subjects of this contribution.

### *Internet of Things*

What led us to the last term mentioned in the introduction: “The Internet of things”. It is connected with DLT since the idea is the integration of real things in the digital world. All things are interconnected and do communicate automatically between each other. The potential user of a car is ordering it via a smart phone app. He or she will be identified with a digital identity and the system checks, if the user fulfils the requirements (e.g. over 18, driver license, maybe even, if the driver is drunken), the car offer itself to the requested conditions. While not in use, it visits maintenance or a gas station, paying automatically these services from its own digital wallet. This isn’t a crazy idea of a lawyer but some of the aspects of the recently presented Daimler Blockchain mobility platform<sup>29</sup>, which is actually under development and will maybe rolled out in the near future. But that’s only one aspect of a total data integration. The status and individuality of a (physical) thing is represented in the digital space, does communicate with itself (do I need repair?) and with potential users or its owner. The legal consequences are just under consideration, but usually directly connected to the DLT problematic.

Dr. THOMAS MEYER  
Programski menadžer u GIZ-u

## TEHNOLOGIJA I PRAVO – POJAŠNJENJA I IZAZOVI

### Rezime

Digitalizacija je danas, uz migracije i klimatske promene, glavna tema u svetu. Smatra se da digitalizacija dovodi do opštih promena u sektorima rada, finansija, razvoja i drugim. Kako Pravo i pravni sektor ne glase za posebno inovativne, postavlja se pitanje da li će Pravo moći da se nosi sa

---

<sup>29</sup> [https://youtu.be/Xj\\_s05AHYow](https://youtu.be/Xj_s05AHYow).

promenama koje nosi digitalizacija. Digitalna transformacija u Pravu mora da se sagleda sa dva aspekta. Kako će digitalne transformacije da utiču na tradicionalne zakonske instrumente i u kojoj meri će isti morati da se prilagode, kao i kako će nove tehnologije izmeniti način na koji se odvija sudski postupak. Ovaj rad ima za cilj da se osvrne na razvoj ovih tema do danas. Rad se poziva na zaključak sa Konferencije ministara pravde Savezne Republike Nemačke, objavljen 2017, koji se bavi prvim aspektom, kako građansko pravo treba da se prilagodi da bi se nosilo sa predstojećim izazovima. Tu se u zaključku navodi da su izmene potrebne samo u manjem obimu. Što se tiče upotrebe novih tehnologija u sudskom postupku, date su samo one osnovne, čija upotreba može da poveća efikasnost sudskog postupka.

*Ključne reči:* digitalna transformacija, legal tech, Big Data, pametni ugovori, autonomni roboti, Blockchain

## NEKE SPECIFIČNOSTI “ARBITRAŽE ZA OBLAST BRČKO”

*Sporazumom o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima kao Aneksa 2 Dejtonskog mirovnog sporazuma izvršeno je razgraničenje između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine. Međutim, s obzirom da u Dejtonu nije postignuta saglasnost oko linije razgraničenja u oblasti Brčko, Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine su se podvrgle arbitraži tzv. “spornog dijela linije razgraničenja u ovoj oblasti”. Sastavni dio arbitražne klauzule sadržane u tački 5 Sporazuma je predstavljala karta o razgraničenju kojom je de facto utvrđen predmet spora. Strane su se dogovorile da se ova arbitraža završi u roku od godinu dana od dana stupanja Sporazuma na snagu, da će odluka biti konačna i obavezujuća, a u slučaju da se ona ne donese u predviđenom roku Strane će zadržati faktičko stanje koje je bilo na snazi prije stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma. Ovaj arbitražni proces je pobudio veliko interesovanje, kako domaće tako i međunarodne pravničke javnosti i cijeli njegov tok kao i način donošenja arbitražnih odluka odlikuju brojne specifičnosti i karakteristike o kojima govori ovaj rad.*

*Ključne riječi: Dejtonski mirovni sporazum, Sporazum o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima, arbitraža za oblast Brčko, sporni dio linije razgraničenja, predmet spora, arbitražna odluka.*

### U V O D

Dejtonski mirovni sporazum usaglašen je na Međunarodnoj mirovnoj konferenciji u Dejtonu, državi Ohajo u SAD, od 1. do 21. novembra 1995. godine, a

---

Akademik prof. dr Vitomir Popović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

potpisan je u Parizu 14. decembra 1996. godine, kada je i stupio na pravnu snagu i počeo se primjenjivati. Potpisivanju ovog sporazuma prethodili su ranije usvojeni Ženevski principi od 8. septembra 1995. godine i Njujorški principi od 26. septembra 1995. godine. Prema ovom sporazumu, Bosna i Hercegovina će nastaviti svoje pravno postojanje, po međunarodnom pravu kao država, sa unutrašnjom strukturom izmijenjenom prema ovim odredbama i sa svojim sadašnjim međunarodno priznatim granicama. Ona će ostati država članica Ujedinjenih nacija i može kao Bosna i Hercegovina da zatraži članstvo u organizacijama u okviru sistema Ujedinjenih nacija i drugim međunarodnim organizacijama. Sastojaće se od dva entiteta: Federacije BiH i Republike Srpske. Republici Srpskoj, shodno Ženevskim i Njujorškim principima koji čine dio Dejtonskog mirovnog sporazuma, pripada 49% teritorije, a Federaciji BiH 51%.

Potpisani mirovni sporazum je trebalo da obezbijedi trajni mir ovoj bivšoj jugoslovenskoj republici i izbjegne bilo kakvu mogućnost nastanka sukoba u budućnosti.

Ovim sporazumom je predviđeno da će svaki entitet nastaviti da postoji u skladu sa svojim sadašnjim ustavom, koji će se izmijeniti i dopuniti u skladu sa ovim osnovnim principima. Entiteti imaju pravo da uspostave paralelne odnose sa susjednim državama u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine.

Međutim, Dejtonski mirovni sporazum kao međunarodni ugovor nije riješio sva pitanja proistekla iz troipogodišnjih sukoba na prostorima ove bivše jugoslovenske republike a pogotovo u onom dijelu koji se tiče unutrašnjeg teritorijalnog razgraničenja između Republike Srpske i Federacije Bosne i mada je ovom pitanju posvećena značajna pažnja. Naime, članom 1 koji nosi naslov "Granična linija između entiteta" Sporazuma o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima kao Aneksa 2 Okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini je propisano:

"Granica između Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske (granična linija između entiteta) biće onakva kako je određena na mapi u Dodatku".<sup>1</sup>

U narednim odredbama ovog Sporazuma<sup>2</sup> je propisano da Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine mogu prilagođavati graničnu liniju samo uz

---

<sup>1</sup> Više o tome, član 1 Sporazuma o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima, kao Aneksa 2 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

<sup>2</sup> Više o tome, član 2 do 4 Sporazuma o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima, kao Aneksa 2 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini

međusobnu saglasnost i ovakvih usaglašavanja, odnosno pomjeranja granične linije je bilo u praksi. Tako na primjer Sporazum na relativno jasan način propisuje da:

"1. Gde granična linija entiteta ide rekom, linija će slediti prirodne promene (nanose ili odrone) na toku reke ukoliko se drugačije ne dogovori. Veštačke promene na toku reke neće uticati na položaj granične linije između entiteta ukoliko se drugačije ne dogovori. Ne mogu se vršiti veštačke promene izuzev sporazuma između Strana.

2. U slučaju naglih prirodnih promena na toku reke (odvajanje zemljišta ili usecanje novog korita), linija će se odrediti međusobnim sporazumom između Strana. Ukoliko do toga dođe u periodu u kome bude razmešten IFOR<sup>3</sup>, svako takvo određivanje će podlegati odobrenju komandanta IFOR-a."

Linije razgraničenja su definisane mapama koje čine sastavni dio Dejtonskog mirovnog sporazuma i one će na terenu biti utvrđene od strane za to posebno formirane Zajdničke komisije sastavljene od jednakog broja predstavnika obiju Strana, tj. Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine.

#### OSNOV ZA ARBITRAŽU ZA OBLAST BRČKO

S obzirom da prilikom usaglašavanja i potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma nije u cijelosti postignut sporazum o liniji razgraničenja između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine radi određenih neslaganja u dijelu predratne opštine Brčko, ovo pitanje je povjereno posebnoj arbitraži. Odredbama člana 5 do 8 Sporazuma o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima kao Aneksa 2 Okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, koji predstavlja pravni osnov za ovu arbitražu, propisano je kako slijedi:

"1. Strane su saglasne da se podvrgnu obavezujućoj arbitraži spornog dela granične linije između entiteta u oblasti Brčkog prikazanog na mapi priloženoj u Dodatku.

2. Najkasnije šest mjeseci nakon stupanja Sporazuma na snagu, jednog arbitra će imenovati Federacija BiH, a jednog Republika Srpska. Treći arbitar će se odabrati sporazumom između imenovanih arbitara Strana (Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine) u roku od trideset dana. Ukoliko se oni ne usaglase, trećeg arbitra će imenovati predsjednik Međunarodnog suda pravde. Treći arbitar će predsedavati arbitražnim tribunalom.

---

<sup>3</sup> Multinacionalne međunarodne snage za sprovođenje Dejtonskog mirovnog sporazuma.

3. Ukoliko se Strane drugačije ne dogovore, postupak će se voditi u skladu sa pravilima UNCITRAL-a. Arbitri će primenjivati relevantne pravne principe i principe jednakosti.

4. Ukoliko se ne postigne drugačiji dogovor, oblast naznačena u gornjem stavu 1. biće i dalje pod upravom kakva je sada.

5. Arbitri će doneti svoju odluku najkasnije godinu dana nakon stupanja ovog sporazuma na snagu. Odluka će biti konačna i obavezujuća, a Strane će je primenjivati bez odlaganja.”

U članu 7 ovog sporazuma koji nosi naslov “Status dodatka“ je nedvosmišleno propisao da će “Dodatak sačinjavati integralni deo ovog Sporazuma“.

Na prvi pogled bi se olako mogao izvesti zaključak da se radi o relativno jasnoj kompromisnoj klauzuli<sup>4</sup> čija primjena ne bi trebalo da ima nikave nejasnoće i da će ova klauzula biti u cijelosti realizovana bez bilo kakvih poteškoća. Međutim, vrijeme će pokazati da će se pojaviti čitav niz nejasnoća i problema u njenoj primjeni kako na samom početku implementacije tako i kasnije kroz period rada ove arbitraže, način donošenja odluka, dužinu trajanja arbitražnog postupka itd.

Sve aktivnosti su preduzimane pod tzv. “budnim okom“ međunarodne zajednice oličene u ličnosti Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu čija su ovlašćenja proizilazila iz Sporazuma o civilnom sprovođenju mirnog rješenja poznatijeg kao Aneks 10 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i tzv. američke administracije<sup>5</sup>. Miješanje u arbitriranje o ovom veoma značajnom sporu će uslijediti i od strane nekih drugih administracija, oličenih u ličnostima ambasadora i drugih osoba nekih zapadnih zemalja. Ovakvi nedozovljeni pritisci i grubo miješanje u rad arbitraže kao tzv. samostalnog organa za rješavanje ovog spornog pitanja dostigli su nepredviđene razmjere tako da će se u pravničkim krugovima sve više početi postavljati pitanje da li je ova arbitraža bila arbitraža stoljeća, kako su je u njenom početnom stadijumu nazivali brojni stručni i naučni radnici s obzirom da se bavila jednim veoma značajnim pitanjem od interesa za opstanak i budućnost Republike Srpske ili će ona predstavljati tzv. farsu stoljeća<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Više o kompromisnoj klauzuli, Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Službeni list SRJ, Beograd, 2002.

<sup>5</sup> Više o tome, Vitomir Popović, Vladimir Lukić, *Dokumenti Dejton Pariz*, Institut za međunarodno pravo i međunarodnu poslovnu saradnju Banja Luka, 2002, str. 109.

<sup>6</sup> Više o tome, Vitomir Popović, *Arbitraža za oblast Brčko - spor ili farsa stoljeća*, Akademija nauka i umjetnosti, Banja Luka, 2018.



ZNAČAJ OVE ARBITRAŽE ZA REPUBLIKU SRPSKU  
I FEDERACIJU BOSNE I HERCEGOVINE

Opština Brčko ima veliki geostrateški značaj za cjelovitost i teritorijalni kontinuitet Republike Srpske i ona spaja njen istočni i zapadni dio. Usljed blokade srpske teritorije od strane hrvatskih i muslimanskih vojnih snaga došlo je do nestašice kiseonika, lijekova, hrane i drugih potrepština zapadno od Brčkog, koje su nabavljane iz Srbije. Blokiran je bio i koridor kao jedini putni pravac za povezivanje istočnog i zapadnog dijela Republike Srpske. Najstrašnija posljedica ove blokade je smrt 12 beba, do koje je došlo usljed nedostatka kiseonika na Odjeljenju intenzivne njege u banjalučkom porodilištu u maju i junu 1992. godine. Ovaj nepremostiv problem nije bilo moguće prevazići ni putem predstavnika UNICEF-a niti drugih međunarodnih humanitarnih organizacija od kojih je traženo dopremanje kiseonika, jer avionima nije bilo dozvoljeno prelijetanje ove blokirane teritorije.<sup>7</sup>

Prema fizičko-geografskim karakteristikama prostor Brčkog ima oko 200 kvadratnih kilometara i nema poseban značaj za ukupnu teritoriju Republike Srpske. Međutim, kada se govori o ulozu i značaju ovog prostora u okviru državnog integriteta Republike Srpske, ovaj grad i ovaj prostor su od prvorazrednog i strateškog značaja kojim se njen istočni i zapadni dio spajaju u jedinstvenu državnu i teritorijalnu cjelinu.<sup>8</sup>

Sam grad Brčko i njegova predratna teritorija nalaze se na oko pedeset kilometara udaljenosti zapadno od rijeke Drine, na desnoj obali rijeke Save. To je mjesto gdje se Posavina između rijeka Drine i Bosne najviše sužava, jer praktično, od samog grada počinje da se penje majevičkim pobrđem, koje već iznad Tuzle dostiže nadmorsku visinu i do 900 metara. Na tom dijelu – dubine (osa sjever-jug) od oko šest kilometara, spaja se u jedinstvenu državnu teritorijalnu cjelinu zapadni i istočni dio Republike Srpske. Može se reći da ka regionu Brčko konvergiraju oba ova dijela državne teritorije Republike Srpske i da bi njegovim nestajanjem, odnosno promjenom državnopolitičkog i teritorijalnog statusa, Republika Srpska izgubila državno-teritorijalni integritet.

Teritorijalna povezanost Republike Srpske nije samo važna u geopolitičkom smislu riječi nego i u ekonomskom, jer sa prekinutom teritorijom prirodni prostor jednostavno ne bi mogao funkcionisati. Problem ne bi predstavljala samo fizička nepovezanost nego i moguće uvođenje raznih administrativnih i drugih

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, str. 21–22.

<sup>8</sup> Više o tome, Radovan Radinović, *Brčko makaze nad pupčanikom*, Institut za geopolitičke studije Beograd, 1997, str. 12.

barijera u ovoj teritoriji, a ozbiljno bi se moglo ugroziti i postojanje odnosno zaživljavanje specijalnih veza sa Republikom Srbijom. Ovdje se pojavljuje i čitav niz pitanja vezanih za nemogućnost uspostavljanja infrastrukture između istočnog i zapadnog dijela Republike Srpske, itd.<sup>9</sup>

Drugim riječima, bilo bi nemoguće zamisliti funkcionisanje Republike Srpske bez njene prostorne povezanosti koja se ostvaruje u reonu Brčko, a koji se smatra najvišim geostrateškim značajem i ima neprocjenjivu vrijednost za njen opstanak i funkcionisanje.

Upravo iz ovih ali i drugih razloga, koje ovom prilikom radi prirode ovog rada nećemo pominjati, Brčko je došlo u središte pažnje kako stranih tako i domaćih medija. Naime, prekidanje teritorije Republike Srpske u ovoj oblasti vodilo bi ka mogućnosti dodatnih zaoštavanja odnosa između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine i istovremeno predstavljalo jedno od najosjetljivijih tačaka Balkana. Ovo je jedan od razloga koji je domaće i strane stratege i diplomate opredijelio da ovu arbitražu za oblast Brčko tretiraju kao arbitražom ili „sporom stoljeća“.

S druge strane, Federacija Bosne i Hercegovine je definišući svoj „geostrateški interes“ u ovoj arbitraži polazila od pretpostavke da bi njena nemogućnost za izlazak na rijeku Savu kao međunarodno plovnu rijeku u značajnoj mjeri uticao na nemogućnost povezivanja privreda, naročito tuzlanskog kantona sa preostalim dijelom svijeta a time i značajno ugrozio njene ekonomske interese.

Ako se sve ono što se dešavalo sa i u vezi sa arbitražom, naročito sa ove vremenske distance tj. poslije proteka roka više od 20 godina, pažljivo analizira mogao bi se izvesti zaključak da je ne samo Dejtonski mirovni sporazum i njegov Aneks 2 tj. Sporazum o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima vješto skrojen nego je tako skrojena i kompromisorna klauzula sadržana u arbitraži za oblast Brčko. Učinjeno je to po tzv. principu postavljanja „minskih polja“ u koje bi zavisno od potreba i interesa nekih zapadnih zemalja žrtve ovih „minskih polja“ mogle biti ili Republika Srpska ili Federacija Bosne i Hercegovine. Ovo je naročito vidljivo iz tačke 67 tzv. Konačne arbitražne odluke od 5. marta 1999. godine koja glasi:

“Da bi se supervizoru dala mogućnost za donošenje alternativnog rješenja, Tribunal će sačuvati jurisdikciju nad ovim sporom sve dok supervizor uz odobrenje Visokog predstavnika ne obavijesti Tribunal:

a) da su dva entiteta u potpunosti ispunila svoje obaveze da podrže uspostavljanje novih ustanova opisanih u ovoj odluci i

---

<sup>9</sup> V. Popović, nav. delo, ctp. 23.

(b) da u opštini Brčko te ustanove funkcionišu efikasno i, po svemu sudeći, trajno. Sve dok ne bude o ovome obaviješten, Tribunal će zadržati pravo da po potrebi modifikuje Konačnu odluku u slučaju značajnog nepridržavanja njenih odredbi od strane jednog od entiteta.

Ne ograničavajući opšti karakter gore navedenih odredbi, modifikacija Konačne odluke od strane Tribunala može obuhvatiti odredbe kojima se teritorija Distrikta u potpunosti prebacuje iz onog entiteta koji se ne pridržava odredbi i stavlja pod isključivu kontrolu drugog entiteta<sup>10</sup>.

### SPOR ILI FARSA STOLJEĆA

Pažljivo analizirajući sve ono što se dešavalo sa ovom arbitražom a naročito u onom dijelu koji ima za cilj da opredijeli stav da li se u ovoj arbitraži radilo o "sporu stoljeća" ili "farsi stoljeća" mogao bi se kratko predstaviti na sljedeći način. Nema dileme da je rješavanje ovog spornog pitanja vezanog za utvrđivanje "spornog dijela linije razgraničenja između Republike Srpske i Federacije BiH" u ovoj oblasti geostrateški veoma značajno naročito za Republiku Srpsku i da bi ono obzirom na moguće posljedice koje bi prouzrokovalo eventualno izuzimanje ovog dijela teritorije i dodjeljivanja Federaciji trebalo imati prvorazredni značaj odnosno ovaj spor bi se mogao tretirati "sporom stoljeća".

Međutim, imajući u vidu sve ono što se dešavalo u ovom postupku, počev od načina imenovanja arbitara, načina donošenja arbitražnih odluka, načina vođenja postupka itd., očigledno je da su ovaj postupak pratile neke "sjenke" koje ozbiljno dovode u pitanje prvu postavljenu tezu o tzv. "sporu stoljeća" i naginju u pravcu mogućeg izvođenja zaključka da se umjesto "spora stoljeća" prije radi o tzv. "farsi stoljeća". Evo koje su to specifičnosti, odnosno "sjenke" koje upućuju u tom smislu: 1. način izbora arbitara; 2. način utvrđivanja predmeta spora; 3. rokovi za donošenje arbitražne odluke; 4. pravni karakter arbitražne odluke; 5. grubo miješanje politike u ovo pravno pitanje, itd.

#### *Način izbora arbitara*

Način imenovanja arbitara je predviđen arbitražnim sporazumom sadržanim u članu 5 tačka 2 Sporazuma o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima, kao Aneksa 2 Dejtonskog mirovnog sporazuma kojim je propisano:

---

<sup>10</sup> Više o tome, arbitražna odluka za oblast Brčko od 5. marta 1999. godine, V. Popović, V. Lukić, nav. delo, strana 210.

“Najkasnije šest meseci nakon stupanja ovog sporazuma na snagu, jednog arbitra će imenovati Federacija, a jednog arbitra će imenovati Republika Srpska. Treći arbitar će se odabrati sporazumom između imenovanih arbitara Strana u roku od trideset dana. Ukoliko se oni ne usaglase, trećeg arbitra će imenovati predsednik Međunarodnog suda pravde. Treći arbitar će predsedavati arbitražnim tribunalom“.<sup>11</sup>

Ugovorne strane su, pridržavajući se ove klauzule, u ostavljenom roku donijele odluku o izboru dvojice arbitara. Nakon njihovog izbora je uslijedila druga faza ovog postupka vezana za postizanje njihove saglasnosti o izboru trećeg arbitra. Međutim, izbor ovog trećeg arbitra je bio neuobičajan jer je umjesto da dvojica imenovanih arbitara postignu sporazum oko ličnosti trećeg arbitra, Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu<sup>12</sup> zakazao sastanak sa dvojicom arbitara. Na ovaj sastanak pozvao je jednog američkog advokata koji je i jedan od kreatora Dejtonskog mirovnog sporazuma i, bez bilo kakvih konsultacija sa dvojicom imenovanih arbitara, predložio i insistirao da se pomenuti advokat imenuje kao treći arbitar.

Ovi pritisci su, nakon odbijanja arbitra iz Republike Srpske da prihvati predloženo rješenje u ličnosti trećeg arbitra, nastavljeni na tadašnje rukovodstvo Savezne Republike Jugoslavije i Republike Srpske. Nakon odbijanja prihvatanja imenovanja trećeg arbitra od arbitra iz Republike Srpske, Sporazum o izboru trećeg arbitra potpisao službenik Ministarstva inostranih poslova Republike Jugoslavije, a nakon toga su uslijedili novi pritisci na arbitra Republike Srpske da prihvati ovaj sporazum. Međutim, on je to odbio a nakon toga je uslijedilo imenovanje predloženog arbitra, u istoj ličnosti, od strane predsjednika Međunarodnog suda pravde.

Dakle, radi se o jednom neuobičajenom načinu imenovanja trećeg arbitra, ne voljom i sporazumom arbitara koga su imenovale Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine kao strane potpisnice ovog sporazuma, nego nametnutim od strane trećih lica, suprotno UNCITRAL pravilima koja su bila ugovorena za vođenje ovog arbitražnog postupka.

Ovako grubo miješanje u arbitražni postupak već u njegovoj samoj početnoj fazi vezanoj za imenovanje trećeg arbitra koji bi trebao biti predsjedavajući arbitražnog vijeća ne samo da nije uobičajeno nego kao takvo nije zabilježeno u postojećoj arbitražnoj praksi, suprotno je UNCITRAL pravilima i izlazi izvan autonomije volje druge dvojice imenovanih arbitara. Ovakvo nametnuto rješenje će, tokom cijelog postupka izazivati krajnje nepovjerenje u predsjedavajućeg arbitra i

<sup>11</sup> Ovako definisana odredba *de facto* i *de iure* čini kompromisornu klauzulu.

<sup>12</sup> Više o tome, ovlašćenja i nadležnosti u Aneksu 10 Dejtonskog mirovnog sporazuma.

ozbiljno dovesti u pitanje njegov legalitet i legitimitet u vođenju postupka i donošenju odluka.

#### *Način utvrđivanja predmeta spora*

Predmet spora utvrđuju same strane i on predstavlja osnov za rad arbitraže. Ovaj predmet spora je u konkretnom slučaju definisan tačkom 1 člana 5 navedenog Sporazuma koji glasi:

"Strane su saglasne da se podvrgnu obavezujućoj arbitraži spornog dela granične linije između entiteta u oblasti Brčkog prikazanog na mapi priloženoj u Dodatku."

Članom 7 ovog Sporazuma je propisano da će "Dodatak sačinjavati integralni dio ovog sporazuma".

Dakle, pažljivim čitanjem ovog teksta proizilazi da se radi o relativno jasno definisanom predmetu spora tj. "spornom dijelu granične linije" između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine u oblasti Brčko "prikazanog na mapi koja čini integralni dio teksta ovog sporazuma". Međutim, na insistiranje arbitra iz Republike Srpske već u fazi tzv. imenovanja trećeg arbitra ispostavilo se da takva mapa, kojom je utvrđen predmet spora, uopšte ne postoji, te da će arbitri sami utvrditi predmet spora.

Nije sporna činjenica da arbitri mogu sami utvrđivati predmet spora ali za to moraju biti ispunjena najmanje dva uslova. Prvi je da su ih Strane za to ovlastile a drugi je da arbitri ne mogu odstupiti od same prirode spora. U konkretnom slučaju radilo se o sporu vezano za "sporni dio linije razgraničenja" a predstavnicima međunarodne zajednice i predsjedavajući arbitar, i arbitar iz Federacije Bosne i Hercegovine su na ovakav način određivanja predmeta smatrali da se ne radi o "spornom dijelu linije razgraničenja" nego o arbitraži cijele oblasti Brčko. Imajući u vidu način odlučivanja arbitara bilo je jasno da bi postojala velika neizvjesnost u ishod ovog arbitražnog postupka odnosno da će arbitar Federacije Bosne i Hercegovine i predsjedavajući arbitražnog vijeća preglasati arbitra iz Republike Srpske i donijeti odluku suprotno utvrđenom predmetu spora, odnosno cijelu oblast Brčko dodijeliti Federaciji Bosne i Hercegovine ili je na drugi način učiniti spornom i izuzeti iz jurisdikcije Republike Srpske. *De facto* bi to značilo presijecanje teritorije Republike Srpske njenu podjelu na istočni i zapadni dio a što bi dugoročno ugrozilo mogućnost njenog opstanka.

#### *Rokovi za donošenje arbitražne odluke*

Rokovi su veoma bitni u vođenju arbitražnog postupka i donošenju arbitražne odluke. Većina arbitraža nastoji da postane prepoznatljiva i efikasna upra-

vo po brzini rješavanja spornog pitanja između strana. Na ovaj način se u znatnoj mjeri utiče i na ukupno smanjenje troškova postupka a sa druge strane brže rješavanje spora predstavlja manju neizvjesnost u očekivanju ishoda spora. Kompromisornom klauzulom ugovorne strane mogu odrediti rok u kome arbitraža treba da donese svoju odluku. Međutim, u slučaju da to i ne urade od arbitraže se očekuje da ovaj rok bude što kraći, naročito u slučajevima kada se radi o klasičnim trgovačkim sporovima itd.

U ovom arbitražnom postupku tj. u tački 5 člana 5 ovog sporazuma je bilo propisano da će: “Arbitri donijeti svoju odluku najkasnije godinu dana nakon stupanja ovog sporazuma na snagu. Odluka će biti konačna i obavezujuća, a Strane će je primjenjivati bez odlaganja.”

Međutim, ova odluka nije donesena u ostavljenom roku, kako je to predviđeno Sporazumom. Prvo je uslijedilo donošenje tzv. uslovne arbitražne odluke od strane predsjedavajućeg arbitra u Rimu 14. februara 1997. godine. Ovom odlukom je uveden prelazni međunarodni nadzor nad implementacijom Dejtonskog sporazuma u oblasti Brčko i predviđen je čitav niz obaveza Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine u cilju implementacije Dejtonskog mirovnog sporazuma. Ovo se naročito odnosi na povratak raseljenih i izbjeglih lica, unapređenje trgovine i međunarodnog privrednog razvoja, slobodu kretanja, formiranje multietničke vlasti itd.

Dana 15. marta 1998. godine predsjedavajući arbitar je donio Dopunsku arbitražnu odluku kojom je *de facto* produžio na period od godinu dana implementaciju ranije donesene arbitražne odluke od 14. februara 1997. godine.

“Konačnu arbitražnu odluku” je, bez učesća preostale dvojice arbitara u njenom donošenju odnosno glasanju, donio i javno objavio predsjedavajući arbitar 5. marta 1999. godine.

Ovom “konačnom arbitražnom odlukom” teritorijalni arbitražni spor između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine o spornom dijelu linije razgraničenja u oblasti Brčko je riješen tako što je sva predratna opština Brčko postala posebna jedinica lokalne samouprave pod nadzorom i kontrolom zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine u formi *condominiuma* tj. zajedničke svojine Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine. Međutim, ni ova tzv. “Konačna arbitražna odluka” nije bila konačna jer je tačkom 65 do 68<sup>13</sup> odluke predviđena mogućnost njene izmjene na štetu one strane koja se ne bude pridržavala Dejtonskog mirovnog sporazuma, bez određivanja rokova u pogledu izvršavanja obaveza vezanih za implementaciju Sporazuma. U tom smislu treba posmatrati i po-

<sup>13</sup> Više o tome, arbitražna odluka za oblast Brčko od 5. marta 1999. godine, V. Popović, V. Lukić, nav. delo, strana 210.

novno zasjedanje arbitražnog tribunala 13. i 14. juna 2005. godine u Londonu na zahtjev Kancelarije Visokog predstavnika. Spor se ticao određenih pitanja vezanih za preraspodjelu poreza prikupljenih po osnovu indirektnih oporezivanja. Budući da je u međuvremenu između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine postignut sporazum oko preraspodjele ove vrste prihoda, arbitraža nije donijela nikakvu odluku, odnosno prestala je potreba za donošenjem arbitražne odluke.

Imajući u vidu gore izneseno, može se izvesti zaključak da je ova *ad hoc* tj. privremena arbitraža osnovana sa ciljem donošenja arbitražne odluke u teritorijalnom sporu između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine u ostavljenom roku od godinu dana za donošenje "Konačne arbitražne odluke" *de facto* postala arbitraža koja će trajati neodređeno vrijeme.

#### *Pravni karakter arbitražne odluke*

U prethodnom poglavlju je djelimično bilo govora o pravnom karakteru arbitražne odluke. Naime, sporazumom Strana je bio ostavljen rok od godinu dana za donošenje "Konačne arbitražne odluke". Međutim, suprotno ovom sporazumu prvo je donesena Uslovna arbitražna odluka, zatim Djelimična arbitražna odluka i tek nakon toga donesena je 5. marta 1999. godine tzv. "Konačna arbitražna odluka".

Međutim, imajući u vidu činjenicu da je ovom odlukom predviđena mogućnost njene izmjene na štetu one Strane koja se ne bude pridržavala njenog sporovođenja to *de facto* znači da ni ova posljednja tzv. "Konačna odluka" nije konačna u punom smislu ove riječi, nego je uslovnog karaktera.

Ovakav način donošenja odluka ne samo da je u suprotnosti sa kompromisornom klauzulom, odnosno sporazumom Strana nego nije uobičajen niti ga poznaje postojeća arbitražna praksa.

#### *Grubo miješanje politike u ovo pravno pitanje*

Istorijski posmatrano, arbitraže su nastale kao način rješavanja sporova bez mogućeg miješanja države odnosno politike u njihov rad. Za arbitre su birane ličnosti visokih moralnih i stručnih kvaliteta koje karakteriše najviši nivo objektivnosti u njihovom radu. Ugovorne Strane su te koje primjenom principa autonomije volje odlučuju o tome koga će one predložiti za arbitra sa svoje strane. Istovremeno, izabrani arbitri, poštujući ovaj princip sporazumno biraju trećeg arbitra ako je to moguće, a ako nije moguće onda to čini neki izabrani organ, najčešće sud zavisno od pravne prirode i karaktera spora. U konkretnom slučaju budu-

ći da nije bilo konsenzusa imenovanih arbitara Strana predsjedavajućeg arbitra je imenovao, u skladu sa kompromisornom klauzulom, predsjednik Međunarodnog suda pravde. Međutim, predsjednik Međunarodnog suda pravde je za predsjedavajućeg arbitra imenovao osobu koju su predložila treća lica, kako je to u pretходnim izlaganjima istaknuto. Drugi problem leži u činjenici da je i predsjedavajući arbitar učestvovao u radu svog izbora od strane dvojice drugih arbitara, što nije uobičajeno u postojećoj arbitražnoj praksi i može ozbiljno da ugrozi princip autonomije volje drugih arbitara a time indirektno da utiče i na objektivnost tako izabranog arbitra. Ovo će naročito doći do izražaja tokom cijelog trajanja arbitražnog postupka u svim njegovim fazama, kako kod njegovog vođenja tako i kod donošenja arbitražnih odluka.

Naime, ne samo prema UNCITRAL pravilima koja su se primjenjivala u ovom postupku nego i pravilnicima drugih arbitraža, odnosno zakonima koje ovu oblast regulišu, arbitri ne mogu izlaziti izvan okvira kompromisorne klauzule koja predstavlja autonomiju volje ugovornih strana jer bi to u skladu sa Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka moglo predstavljati razlog za njeno poništenje<sup>14</sup>. Naime, ako se radi o tročlanom arbitražnom vijeću odluka se donosi većinom glasova, tj. za istu moraju glasati najmanje dva arbitra a nikako odluku ne može donijeti jedan arbitar, bez obzira na to što je on predsjedavajući jer je on samo *primus inter pares* odnosno prvi među jednakima i sve odluke bilo procesnog ili meritornog karaktera moraju biti donesene većinskim glasovima. U konkretnom slučaju predsjedavajući arbitar je zanemario u cijelosti ovakav način odlučivanja i time grubo prekršio Sporazum Strana sadržan u kompromisornoj klauzuli.

S druge strane, predsjedavajući arbitar je u cijelosti zanemario rok u kome je "Konačna arbitražna odluka" trebala biti donesena jer bi u protivnom tj. u slučaju njenog nedonošenja, shodno tački 4 člana 5 Sporazuma sporni dio granične linije između entiteta ostao pod upravom kakva je i zatečena stupanjem na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma<sup>15</sup>.

I na kraju, ostavljanjem mogućnosti za izmjene tzv. "Konačne arbitražne odluke" od 5. marta 1999. godine, suprotno volji ugovornih strana, ovu arbitražu predviđenu u trajanju od jedne godine pretvara u arbitražu neograničenog vremenskog trajanja i na taj način izaziva veliku nesigurnost u budućnost ove predratne opštine Brčko ali i moguće sumnje da u slučaju promjene ove odluke na štetu interesa Republike Srpske ugrozi njen teritorijalni integritet presjecajući je na istočni i zapadni dio.

<sup>14</sup> Više o tome, Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.

<sup>15</sup> Više o tome, tačka 4 člana 5 Sporazuma o razgraničenju i odnosnim pitanjima.



## ZAKLJUČAK

Arbitraža za oblast Brčko je ustanovljena Sporazumom o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima kao Aneksa 2 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, poznatijeg kao Dejtonskog mirovnog sporazuma. Ovaj sporazum je potpisan u Parizu 14. decembra 1995. godine i od tada se primjenjuje. Osnovni razlog za osnivanje ove arbitraže je bio da ona utvrdi "sporni dio linije razgraničenja između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine u oblasti Brčko prikazanog na mapi" koja je činila sastavni dio Sporazuma. U osnovi relativno jednostavan spor, krajnje jasno definisan kompromisornom klauzulom će se komplikovati od njegovog samog početka, tj. od imenovanja arbitara, toka arbitražnog postupka pa sve do donošenja arbitražne odluke. Po svom značaju, naročito imajući u vidu način i vrijeme u kome je došlo do ovog spora mnogi pravni i politički analitičari odnosno predstavnici različitih struktura međunarodne zajednice su ovaj spor nazivali sporom stoljeća. Međutim, imajući u vidu sve ono što se sa i u vezi ovog spora dešavalo u svim njegovim fazama, nad ovaj spor su se nadvile određene "sijenke" koje ga sve manje tretiraju "sporom" a sve više "farsom stoljeća". U svakom slučaju radi se o jednoj veoma specifičnoj arbitraži koja će dugo vremena pobuđivati interese velikog broja pravnika koji se bave ili će se baviti ovakvim načinom rješavanja sporova.

Academician Prof. Dr. VITOMIR POPOVIĆ, Ph.D.,  
Full Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

## SOME SPECIFICATIONS OF THE ARBITRATION FOR THE BRCKO AREA

### Summary

The agreement on the border line between the Entities and the related issues as Annex 2 of the Dayton Peace Agreement made a distinction between the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina. However, since there was no agreement in Dayton on the demarcation line in the Brcko area, the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina have been subject to the so-called arbitration, the disputed part of the demarcation line in this area. An integral part of this clause was the demarcation map, which was an integral part of the Agreement and this clause. The Parties have agreed that this arbitration shall be completed within one year from the date of entry into force of the Agreement and that the decision will be final and binding,

and in the absence of such a decision, the Parties shall maintain the facts before the Dayton Peace Agreement enters into force.

This arbitration process has increased the interests of both the domestic and international legal public and its entire course as well as the method of making arbitral awards are distinguished by numerous specificities and characteristics discussed in this paper.

*Key words:* Dayton Peace Agreement, Entity Border Agreement and Related Matters, Brcko Arbitration, Disputed Part of the Demarcation Line, Subject of Dispute, Arbitral Award

MAJA STANIVUKOVIĆ,  
DRAGAN ĐORĐEVIĆ

## MERODAVNO PRAVO ZA PRAVNE ODNOSI IZMEĐU BANAKA KOJE UČESTVUJU U POSLU MEĐUNARODNOG DOKUMENTARNOG AKREDITIVA

*Predmet ovog rada je određivanje merodavnog prava za pravne odnose koji nastaju između banaka koje učestvuju u poslu međunarodnog dokumentarnog akreditiva, odnosno koje učestvuju u postupku otvaranja, aviziranja i potvrđivanja dokumentarnog akreditiva, kao i u postupku pregleda dokumenata i njihovog honorisanja. U cilju određivanja merodavnog prava, bilo je neophodno izdvojiti pojedinačno svaki pravni odnos koji postoji između banaka kod pravnog posla međunarodnog dokumentarnog akreditiva i odrediti njegovu prirodu, pa tek posle toga pristupiti određivanju merodavnog prava za svaki pravni odnos pojedinačno. Autori su pošli od pretpostavke da se problem određivanja merodavnog prava pojavio pred srpskim sudovima, te su sledstveno tome, izneli svoje tumačenje odredaba srpskog Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja koje regulišu ovu vrstu pravnih odnosa. Rad sadrži i kratak osvrt na propise Evropske unije koji se odnose na istu tematiku.*

Ključne reči: merodavno pravo, dokumentarni akreditiv, odnosi između banaka

### U V O D

U poslu međunarodnog dokumentarnog akreditiva po pravilu učestvuju najmanje dve banke. Jedna je akreditivna banka koja je u ugovornom odno-

---

Dr Maja Stanivuković, profesor Univerziteta u Novom Sadu.  
Dr Dragan Đorđević, advokat u Novom Sadu.

su sa nalogodavcem i koja otvara akreditiv, a druga je korespondentna banka koja može imati različita prava i obaveze u zavisnosti od ugovornog odnosa koji ima sa akreditivnom bankom. U svakom slučaju, da bi došlo do realizacije međunarodnog dokumentarnog akreditiva, korespondentna banka treba da obavesti korisnika da je akreditiv otvoren, a ponekad i da izvrši pregled dokumenata, da utvrdi da li postoji saobraznost priloženih dokumenata sa uslovima akreditiva i da izvrši isplatu akreditivnog iznosa.

Pod pravnim odnosima između banaka koje učestvuju u poslu međunarodnog dokumentarnog akreditiva podrazumevamo pravne odnose između akreditivne banke i korespondentne banke koje imaju poslovna sedišta u različitim državama u vezi sa otvaranjem i realizacijom dokumentarnog akreditiva<sup>1</sup>. Prema pravima i obavezama korespondente banke razlikujemo: avizirajuću, konfirmirajuću (potvrđujuću) i nominovanu banku.

Pravni odnosi između akreditivne banke s jedne strane i korespondentnih banaka s druge strane regulisani su Jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive, Revizija 2007<sup>2</sup>, koja se primenjuju od 1. jula 2007. godine i koje je donela Međunarodna trgovinska komora (u daljem tekstu: Jednoobrazna pravila ili UCP 600) i Jednoobraznim pravilima MTK za ramburs banka–banci po dokumentarnim akreditivima<sup>3</sup>, koja se primenjuju od 1. oktobra 2008. godine i takođe ih je donela Međunarodna trgovinska komora. Uz Jednoobrazna pravila i običaje za dokumentarne akreditive UCP 600, MTK je izdala i eUCP, dodatak za elektronsku prezentaciju. Pravila eUCP, koja su u julu 2019. godine objavljena u verziji 2.0, namenjena su za akreditive koji podrazumevaju prezentaciju elektronskih dokumenata, bilo samostalno bilo u kombinaciji sa papirnim dokumentima. Ukoliko je ugovorena primena eUCP, prezentacija elektronskih dokumenata se ne vrši na fizički određenom mestu, već na elektronsku adresu nominovane ili, eventualno, konfirmirajuće banke<sup>4</sup>. Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive sadrže norme koje detaljno regulišu pravne odnose između učesnika

<sup>1</sup> U bankarskoj praksi poslovanja sa akreditivima banke najčešće imaju poslovna sedišta u različitim državama iako to nije uslov da se govori o međunarodnom akreditivu, već je uslov za to da nalogodavac i korisnik imaju poslovna sedišta u različitim državama.

<sup>2</sup> Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive, Revizija 2007, *Publikacija MTK br 600 (UCP)*.

<sup>3</sup> Jednoobrazna pravila za ramburs banka–banci po dokumentarnim akreditivima, *Publikacija MTK br. 725*.

<sup>4</sup> eUCP, stav e3 (a) (iii). Mada eUCP omogućava direktnu prezentaciju akreditivnoj banci bez potrebe da se angažuje nominovana, avizirajuća ili konfirmirajuća banka, iskustvo je pokazalo da potvrđivanje akreditiva ostaje i dalje aktuelno i kod dokumentarnih akreditiva na koje se primenjuje eUCP, kao i kod običnih akreditiva na koje se primenjuju samo pravila UCP 600. David

dokumentarnog akreditiva, dok Jednoobrazna pravila MTK za ramburs banka-banci po dokumentarnim akreditivima regulišu znatno užu oblast poslovanja sa dokumentarnim akreditivima, a to je pravo regresa korespondente banke koja je izvršila isplatu korisniku akreditiva. Iako ove dve grupe pravila sadrže značajan broj supstancijalnih normi kojima se detaljno uređuju pravni odnosi između banaka uključenih u akreditivno poslovanje, postoje pitanja koja nisu uređena, zbog kojih je potrebno odrediti merodavni nacionalni propis za te pravne odnose.<sup>5</sup> Jednoobrazna pravila ne sadrže kolizione norme, što je i razumljivo jer nije reč o međunarodnim konvencijama nego o međunarodnim poslovnim običajima<sup>6</sup>. Zbog toga je, ako se ukaže potreba za određivanjem merodavnog prava za odnose iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva, neophodno posegnuti za nacionalnim kolizionim normama. Kada je u pitanju srpski sud, to su kolizione norme sadržane u Zakonu o rešavanju sukoba zakona (u daljem tekstu: ZRSZ)<sup>7</sup>. Primenom uobičajene kvalifikacije, lako svrstavamo te odnose u ugovorne.

U sledećem odeljku iznećemo ukratko osnovne odredbe nacionalnog prava o određivanju merodavnog prava za ugovore, a zatim ćemo pokušati da damo smernice za određivanje merodavnog prava za ugovore koji se zaključuju između banaka povodom njihovog učešća u pravnom poslu akreditiva, posmatrajući posebno ugovorni odnos između akreditivne i avizirajuće banke, između akreditivne i konfirmirajuće banke i između akreditivne i nominovane banke. Na kraju ćemo izložiti svoje zaključke.

## ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA UGOVORE

Prema članu 19 ZRSZ, za ugovor je merodavno pravo koje su izabrale ugovorne strane, ako ovim zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drukčije

---

Meynell, *Commentary on eUCP Version 2.0 and eURC Version 1.0 Article-by-Article Analysis*, 2019, pp. 21 i 29.

<sup>5</sup> Npr. materijalna punovažnost akreditiva, uticaj prevare ili falsifikata na ispunjenje obaveza akreditivne i konfirmirajuće banke, zakonitost plaćanja, mogućnost prebijanja potraživanja, postupanje po zahtevima za izdavanje privremene mere, itd. Uglješa Grušić, *Merodavno pravo za dokumentarni akreditiv u srpskom i engleskom pravu*, *Pravo i privreda* 9-12, 2008, p. 85. Videti o obimu primene merodavnog prava detaljnije: Independent guarantees and stand-by letters of credit: discussion of further issues of a uniform law: conflict of laws and jurisdiction: note by the Secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.71), *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1991, Vo. XXII, p. 376.

<sup>6</sup> U teoriji je donekle sporna pravna priroda Jednoobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditive. Po jednom shvatanju reč je o opštim uslovima poslovanja, a po drugom reč je o poslovnim običajima.

<sup>7</sup> ZRSZ (*Sl. List SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – *ispr. Sl.list SRJ* br.46/96 i *Sl. Glasnik RS* br. 46/2006).

određeno. U članu 20 ZRSZ reguliše se merodavno pravo za ugovore u odsustvu izbora. Ako nije izabrano merodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, primeniće se posebne kolizione norme za pojedine vrste ugovora, s tim da je u t. 20 ovog člana predviđeno da će merodavno pravo za druge ugovore koji nisu posebno imenovani u prethodnim tačkama, biti pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno sedište ponudioca. Iz navedenog sledi da kod određivanja merodavnog prava za ugovore nema mogućnosti da se pojavi pravna praznina koja bi se morala popunjavati uz pomoć pravila iz člana 2 ZRSZ. Odredbe članova 19 i 20 su redigovane tako da obezbeđuju da se može odrediti merodavno pravo za svaki ugovor – bilo da je naveden ili nije naveden u članu 20.

Shodno tome, sud prvo treba da utvrdi da li su ugovorne strane iskoristile slobodu izbora iz člana 19 ZRSZ i izabrale merodavno pravo. Ako utvrdi da nisu izabrale merodavno pravo, treba zatim da odredi vrstu ugovora i merodavno pravo za taj ugovor na osnovu objektivnih i fiksnih poveznica sadržanih u t. 1-19 člana 20. Te su poveznice, po pravilu, zasnovane na principu da je merodavno pravo sedišta nosioca karakteristične obaveze u ugovoru. Tako je na osnovu člana 20 za ugovor o prodaji pokretnih stvari određeno kao merodavno pravo mesta sedišta prodavca, za ugovor o punomoćstvu, pravo mesta sedišta punomoćnika, za ugovor o komisionu pravo mesta sedišta komisionara, a za ugovor o samostalnim bankarskim garancijama, pravo mesta sedišta davaoca garancije itd. Određivanje vrste ugovora zahteva od suda da prvo izvrši kvalifikaciju ugovora, što nije uvek jednostavno, jer se ponekad u jednom pravnom poslu mogu utvrditi karakteristični elementi više različitih ugovora. Ako ugovor nije naveden u t. 1-19, sud treba da utvrdi koja strana je bila ponudilac, kada je došlo do prijema ponude i gde se nalazilo sedište te strane u tom trenutku, da bi odredio merodavno pravo za konkretni ugovor. To znači da za određivanje merodavnog prava za druge ugovore nije primenjen isti princip kao za navedene ugovore. Za druge ugovore je merodavno pravo sedišta ponudioca. Na kraju, bez obzira na to da li je u pitanju navedeni ili nenavedeni ugovor, sud treba da razmotri sve okolnosti slučaja, kako bi utvrdio ima li osnova za odstupanje od tako određenog merodavnog prava.

Naime, na osnovu uvodne rečenice iz člana 20 ZRSZ, sud može odstupiti od pretpostavljenog merodavnog prava određenog u tom članu “ako posebne okolnosti slučaja [...] upućuju na drugo pravo”. Ova specijalna klauzula odstupanja zahteva od suda da analizira sve veze koje ugovor ima sa različitim državama i da oceni njihovu važnost, te da zatim odredi, da li je ugovor u užoj vezi sa nekim drugim pravom, a ne sa onim koje je zakonodavac predvideo kao pretpostavljeno pravo najuže veze.

Mada Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) uređuje dokumentarni akreditiv kao posebnu vrstu pravnog posla,<sup>8</sup> ZRSZ ne sadrži odredbe o merodavnom pravu za pravne odnose koji mogu nastati kod dokumentarnog akreditiva s međunarodnim elementom, pa samim tim ne sadrži ni odredbe o merodavnom pravu za odnose između banaka u tom pravnom poslu. U uporednom pravu ne nailazimo tako često na nacionalna prava koja sadrže specijalnu kolizionu normu za pravne odnose koji nastaju iz akreditiva.

Prilikom pripreme Konvencije UN o samostalnim bankarskim garancijama i stend-baj akreditivima, u UNCITAL-u su pomenut Jugoslavija i Švajcarska kao retki primeri zemalja čije pravo sadrži kolizionu normu za bankarske garancije i stend-baj akreditive.<sup>9</sup> Ova konvencija koja je stupila na snagu, ali nema veliki broj članica, u šestom poglavlju, naslovljenom "Sukob zakona" (*Conflict of Laws*), reguliše izbor merodavnog prava i određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora. Prema članu 21, za preuzimanje obaveze na osnovu stend-baj akreditiva merodavno je izabrano pravo koje je (a) predviđeno u akreditivu ili na koje ukazuju uslovi akreditiva ili (b) koje je izabrano na drugi način od strane izdavaoca akreditiva i korisnika. Prema članu 22, ukoliko merodavno pravo nije izabrano u skladu sa prethodnim članom, na stend-baj akreditiv primenjuje se pravo države u kojoj je ono mesto poslovanja izdavaoca akreditiva u kome je izdat akreditiv. Konvencija UN uređuje posebnu vrstu akreditiva (stend-baj akreditive), ali se može primeniti i na ostale međunarodne akreditive, odnosno na komercijalne akreditive (*commercial letters of credit*), ukoliko su ugovorne strane u akreditivu izričito predvidele njenu primenu<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> ZOO, čl. 175-182. Zbog široke prihvaćenosti Jednoobraznih pravila MTK, relativno je retko da se zakonodavci late uređivanja pravnog posla akreditiva. Jedna od zemalja koja kao i naša u obligacionom pravu reguliše ovu materiju je Češka Republika. Obchodní zákoník 2010, čl. 682-691.

<sup>9</sup> Independent guarantees and stand-by letters of credit: discussion of further issues of a uniform law: conflict of laws and jurisdiction: note by the Secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.71), *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1991, Vol. XXII, p. 374. U referatu Sekretarijata pomenut je član 20, tačka 17 ZRSZ i član 117 Švajcarskog ZMPP. U stvari, švajcarska odredba se odnosi na ugovore o garanciji ili jemstvu, dok se jugoslovenska odredba odnosi na samostalne bankarske garancije.

<sup>10</sup> United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit, član 1, stav 2. Stend-baj akreditiv se razlikuje od komercijalnog akreditiva po dve karakteristike: prvo, on se primarno koristi za obezbeđivanje nenovčanih obaveza. Drugo, banka koja izdaje stend-baj akreditiv nije primarni dužnik. Korisnik može da zahteva isplatu po ovom akreditivu samo kao smatra da je njegov saugovarač prekršio svoje ugovorne obaveze. Ali, što se tiče izdavaoca akreditiva njegova obaveza je potpuno samostalna i ne zavisi od bilo kakvog dokaza o prekršenoj obavezi i po tome je slična obavezi po običnom komercijalnom akreditivu. V. o tome opširnije Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, *Transnational Commercial Law*, Oxford, 2<sup>nd</sup> edition, 2015, p. 340.

Kada je reč o pravnim odnosima iz međunarodnog akreditiva slična situacija kao u našem pravu vlada i u Evropskoj uniji u kojoj se pravila o određivanju merodavnog prava za ugovore nalaze u Uredbi broj 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. godine o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (u daljem tekstu: Prva rimska uredba)<sup>11</sup>. Uredba ne sadrži posebna pravila o merodavnom pravu za akreditive, pa se zaključci o merodavnom pravu moraju izvoditi iz opštih pravila o merodavnom pravu za ugovore. Prema članu 3 Prve rimske uredbe, na ugovor se primenjuje pravo koje su stranke izabrale. Izbor se navodi izričito ili mora jasno proizilaziti iz odredaba ugovora ili okolnosti slučaja. Prema članu 4 stav 1 Prve rimske uredbe, u slučaju da merodavno pravo nije u ugovoru izabrano, za pojedine ugovore koji su posebno navedeni u ovom stavu merodavno pravo se određuje na osnovu objektivnih i fiksnih poveznica.

Na primer, za ugovor o prodaji robe merodavno je pravo zemlje uobičajenog boravišta prodavca, za ugovor o pružanju usluga merodavno je pravo zemlje uobičajenog boravišta pružaoca usluge, za ugovor o distribuciji merodavno je pravo zemlje uobičajenog boravišta distributera, itd. Smatra se da je uobičajeno boravište privrednog društva mesto gde se nalazi centar njegove uprave (član 19, stav 1 Prve rimske uredbe). Ako ugovor nije obuhvaćen prvim stavom ili ako bi pojedini elementi ugovora bili obuhvaćeni u više tačaka prvog stava na ugovor se, prema stavu 2 istog člana, primenjuje pravo zemlje u kojoj ugovorna strana koja treba da izvrši karakterističnu obavezu iz ugovora ima redovno boravište. Od tako određenog merodavnog prava se može odstupiti, s pozivom na stav 3 člana 4, ako iz sveukupnih okolnosti slučaja proističe da je ugovor izrazito uže povezan sa nekom drugom zemljom. Veza sa nosiocem karakteristične obaveze iz ugovora se smatra dobrim putokazom koji sudiju može da odvede do merodavnog prava jer se kod većine ugovora može utvrditi jedna ugovorna strana kao nosilac obaveze koja obeležava taj ugovor<sup>12</sup>.

U većini bilateralnih ugovora osnovna obaveza jedne strane je plaćanje određene sume novca u zamenu za obezbeđenje usluge ili prodaje robe, tako da novčana obaveza nije obaveza koja obeležava određeni ugovor, već je to, po pra-

<sup>11</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)(2008 OJ L 177/6). Uredba je na snazi u svim državama Evropske unije, osim u Danskoj, zbog koje je i dalje relevantna i Konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze iz 1980. godine. Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), *Official Journal of the European Communities* od 26.01.1998. (1998/OJ C 27/34) (u daljem tekstu: Rimska konvencija).

<sup>12</sup> Maja Stanivuković "Uz prevod Rimske konvencije o zakonu koji se primenjuje na ugovorne obaveze i pratećih protokola", *Revija za evropsko pravo*, vol. II, 2000, p. 94.



vilu, nenovčana obaveza.<sup>13</sup> Međutim, ako se merodavno pravo ne može odrediti ni na osnovu stava 1 (jer se ugovor ne može svrstati u neki od pomenutih), niti na osnovu stava 2 člana 4 (jer se ne može odrediti karakteristična obaveza), merodavno je, na osnovu stava 4, pravo zemlje sa kojom je taj ugovor u najužoj vezi. Takođe, kada iz svih okolnosti slučaja proističe da je ugovor očigledno u užoj vezi sa nekom drugom državom, primenjuje se, na osnovu stava 3, pravo te druge države. Klauzula odstupanja sadržana u 3 stavu člana 4 Prve rimske uredbe može imati naročit značaj za određivanje merodavnog prava za pravne poslove između banaka koje učestvuju u pravnom poslu akreditiva.

Ugovori između banaka, mada samostalni, ipak su usko povezani sa ugovornim odnosom koji nastaje između akreditivne i konfirmirajuće banke i korisnika. Kada određuje merodavno pravo za ugovore između banaka, sud koji primenjuje kolizionu normu iz člana 4 Prve rimske uredbe, može smatrati za potrebno da umesto prava redovnog boravišta nosioca karakteristične obaveze odredi kao merodavno isto ono pravo koje se primenjuje na ugovore između drugih učesnika u pravnom poslu akreditiva. Ovakav način određivanja najuže veze, koji nazivamo "akcesorno vezivanje" izričito je pomenut u preambuli Prve rimske uredbe.<sup>14</sup>

#### MERODAVNO PRAVO ZA MEĐUNARODNI DOKUMENTARNI AKREDITIV

Dokumentarni akreditiv je složen pravni posao u kome postoji najmanje tri, a najčešće četiri učesnika.<sup>15</sup> U cilju realizacije tog posla sklapa se više ugovora i stvara se više pravnih odnosa. U doktrini, iznošena su gledišta da za akreditiv treba da bude određeno samo jedno merodavno pravo koje će ga regulisati u celi-

---

<sup>13</sup> Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I [1980] OJ C 282 , 31/10/1980, p. 20. O pojmu i načinu određivanja karakteristične obaveze videti opširnije: Mladen Draškić, Maja Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd, 2005, p. 105 i dalje.

<sup>14</sup> Prva rimska uredba, preambula, pasusi 20 i 21 ("Da bi se odredila [zemlja koja je uže/najuže povezana sa ugovorom], treba uzeti u obzir, između ostalog, da li je ugovor o kome je reč u vrlo bliskom odnosu sa drugim ugovorom ili ugovorima"). O primeni akcesornog vezivanja na pravni posao akreditiva videti opširnije Chukwuma Samuel Adesina Okoli, *The Significance of the Doctrine of Accessory Allocation as a Connecting Factor under Article 4 of the Rome I Regulation*, *Journal of Private International Law*, December 2013, pp. 485-488.

<sup>15</sup> ZOO, član 1079.

ni<sup>16</sup>. Ona su imala podršku i u praksi engleskih sudova koji su veoma uticajni jer je Engleska bankarski centar Evrope<sup>17</sup>. Kako kaže jedan engleski sudija: “Akreditiv je izvor niza dvostrano obavezujućih ugovora koji nastaju sukcesivno između ugovornih strana i banaka koje su u posao uključene, a svaki od tih ugovora ima svoju sopstvenu karakterističnu obavezu”, te je zbog toga za ovaj pravni posao nemoguće odrediti merodavno pravo po tom široko prihvaćenom principu međunarodnog ugovornog prava<sup>18</sup>. Zbog toga engleski sudovi teže da pronađu pravo najbliže veze koje će se onda primeniti na sve pravne odnose iz akreditiva.

U citiranom predmetu, sudija je napomenuo da je “poželjno da isti pravni sistem bude primenjen na ugovore koji istovremeno postoje između (a) akreditivne banke i korisnika; (b) konfirmirajuće banke i korisnika i (c) akreditivne i konfirmirajuće banke<sup>19</sup>. Ima takođe mišljenja da prvo treba utvrditi dominantni pravni odnos kod međunarodnog akreditiva<sup>20</sup>, a zatim merodavno pravo za taj odnos primeniti na celu bankarsku transakciju, odnosno na sva pitanja akreditiva<sup>21</sup>. Čini se da je ipak u mnogim zemljama prevladalo gledište koje pravni posao akreditiva deli na više ugovora ili pravnih odnosa i za svaki od njih ponaosob teži da odredi merodavno pravo. Smatra se da je to posledica načela autonomije akreditiva: svaki od pravnih odnosa koji nastaju u ovom pravnom poslu treba tretirati samostalno i za svaki od njih odrediti merodavno pravo.<sup>22</sup> Kod akreditiva, reč je o *sui generis* odnosu, o tehničkoj proceduri koja ima specifične odlike koje su rezultat bankarske prakse, koju je nemoguće svesti na jedan jedinstveni ugovorni odnos<sup>23</sup>. Bilo bi takođe ekonomski neracionalno primenjivati pravo jedne države (u kojoj se, na primer, nalazi sedište akreditivne banke kao centralnog subjekta u

<sup>16</sup> Roeland F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, Amsterdam 1990, p. 480; Richter, *Standby Letter of Credit*, Zurich, 1990, p. 98.

<sup>17</sup> V. odluke u predmetu *Bank Baroda v. Vysa Bank limited* [1994] CLC 41 i *Marconi Communications International v. PT Pan Indonesia Bank Ltd* [2005] EWCA 422.

<sup>18</sup> *Marconi Communications International v. PT Pan Indonesia Bank Ltd* [2005] EWCA 422, pasus 61.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pasus 55.

<sup>20</sup> V. u tom smislu THD Struycken, *Some Dutch Reflections on the Rome Convention*, Art 4(4), *Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly*, 1996, p. 23. Za Struyckena, dominantan je odnos između korisnika akreditiva i akreditivne banke.

<sup>21</sup> Za pravo Bosne i Hercegovine tako: Zlatan Meškić i Slavko Đorđević, *Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Bosnia and Herzegovina*, Suppl. 56 (1918), p. 96. Autori kao dominantan izdvajaju odnos između nalagodavca i akreditivne banke.

<sup>22</sup> Uglješa Grušić, p. 88.

<sup>23</sup> Alexander J. Bělohávek, *Rome Convention – Rome I Regulation, Commentary*, Juris Publishing, 2010, p. 1008.

poslu međunarodnog akreditiva) na obaveze koje druge banke treba da ispune na teritoriji druge države.

Načelo koje praktično svi sistemi prihvataju i koje proističe iz Jednoobraznih pravila jeste načelo da je i u kolizionom smislu, odnos između banaka potpuno nezavisan od ugovornog odnosa između nalogodavca i korisnika zbog kojih se cela procedura pokreće.<sup>24</sup> U ovom radu bavimo se samo određivanjem merodavnog prava za odnose između banaka koje učestvuju u pravnom poslu međunarodnog akreditiva, dok za neku drugu priliku ostavljamo analizu odnosa između nalogodavca i akreditivne banke i između korisnika i akreditivne banke i drugih banaka uključenih u ovaj pravni posao.

Uzimajući u obzir da kod dokumentarnog akreditiva mogu da postoje tri vrste korespondentnih banaka, avizirajuća, konfirmirajuća i nominovana banka, u narednim poglavljima ovog rada pokušaćemo da odredimo pravnu prirodu odnosa između svake od tih banaka i akreditivne banke, a zatim da odgovorimo na pitanje koje pravo bi bilo merodavno za svaki od tih odnosa pred domaćim sudom. Pri tom je nesporno da kod svakog od tih odnosa banke mogu da izaberu merodavno pravo. Pravo stranaka da izaberu merodavno pravo za svoj ugovorni odnos sa međunarodnim elementom predstavlja primarni institucionalni princip svakog razvijenog sistema međunarodnog privatnog prava, pa tako i našeg ZRSZ. Predmet naše analize biće stoga određivanje merodavnog prava u odsustvu izbora.

#### *Merodavno pravo za pravni odnos između akreditivne i avizirajuće banke*

Pravni položaj avizirajuće banke regulisan je članom 2 i članom 9 Jednoobraznih pravila. Prema članu 2 Jednoobraznih pravila avizirajuća banka na zahtev akreditivne banke avizira akreditiv. Postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod pojmom "aviziranje". Odgovor nalazimo u članu 9 Jednoobraznih pravila gde se navodi da avizirajuća banka koja nije ujedno i konfirmirajuća banka, avizira akreditiv i svaku izmenu akreditiva bez preuzimanja obaveze da honoriše ili negocira usklađenu prezentaciju dokumenata (t. 1 ovog člana). To znači da avizirajuća banka ima samo obavezu da obavesti korisnika o otvaranju akreditiva. Avizirajući akreditiv ili izmenu akreditiva, avizirajuća banka stavlja korisniku do znanja da se uverila u očiglednu autentičnost akreditiva ili izmene akreditiva i da avizo tačno odražava primljene odredbe i uslove akreditiva ili izmene akreditiva. Pod izmenama se podrazumevaju izmene akreditiva koji je otvoren na osnovu instrukcija koje je avizirajuća banka dobila od akreditivne banke. Avizirajuća ban-

---

<sup>24</sup> *Ibidem.*

ka je korespondentna banka koja je preuzela obavezu prema akreditivnoj banci da utvrdi autentičnost akreditiva i da obavesti korisnika da je u njegovu korist otvoren akreditiv kao instrument plaćanja. Utvrđivanje očigledne autentičnosti akreditiva podrazumeva proveru postojanja akreditivne banke, proveru autentičnost potpisa lica koja su otvorili akreditiv u akreditivnoj banci i autentičnost samog otvorenog akreditiva<sup>25</sup>. Po utvrđivanju autentičnosti akreditiva, avizirajuća banka obaveštava korisnika o otvaranju akreditiva, a ovo obaveštenje treba da sadrži sve elemente koje sadrži i nalog za otvaranje akreditiva. Za usluge koje je izvršila, avizirajuća banka ima pravo na određenu naknadu čija visina i dospelost može da se odredi ugovorom ili što je najčešće slučaj, primenom opštih pravila poslovanja avizirajuće banke.

Da bismo odgovorili na pitanje koje pravo bi trebalo primeniti u odsustvu izbora, preduslov je da definišemo pravnu prirodu odnosa između akreditivne i avizirajuće banke kako bismo izvršili kvalifikaciju. Treba odrediti da li pravni odnos između akreditivne i avizirajuće banke možemo obuhvatiti nekim u ZRSZ imenovanim ugovorom obligacionog prava ili je reč o ugovoru *sui generis* koji sadrži elemente više ugovora obligacionog prava i koji bismo stoga morali svrstati među "druge" ugovore (član 20, t. 20).

Avizirajuća banka je obavezna na osnovu ugovora samo prema akreditivnoj banci i nije u ugovornoj vezi sa nalogodavcem niti sa korisnikom<sup>26</sup>. Iako avizirajuća banka vrši određene pravne radnje prema korisniku kao što je dostavljanje obaveštenja o otvorenom akreditivu, ona nema bilo kakvih prava, ali ni obaveza prema korisniku akreditiva. Prema jednom shvatanju ovde je reč o ugovoru o zastupanju<sup>27</sup>, odnosno, avizirajuća banka se može posmatrati kao zastupnik akreditivne banke, jer kada avizirajuća banka obavesti korisnika da je otvoren akreditiv, ona to čini za račun akreditivne banke. Na taj način zaključuje se obavezujući ugovor između akreditivne banke i korisnika<sup>28</sup>. Ukoliko korespondenta banka nastupa u svojstvu avizirajuće banke, ona ne preuzima nikakvu samostalnu akreditivnu obavezu, već nastupa u ime i za račun akreditivne banke. Stoga je odnos koji se uspostavlja između akreditivne i korespondentne banke po svojoj priro-

<sup>25</sup> Branko Vukmir, *Pravo međunarodnih plaćanja – Instrumenti osiguranja plaćanja*, Zagreb, 2007, p. 86.

<sup>26</sup> Rolf Schutze, Gabriele Fontane, *Documentary Credit Law Throughout the World*, Paris, 2001, p. 25.

<sup>27</sup> Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo*, Beograd, 2004, p. 764.

<sup>28</sup> Peter Elinger, Dora Neo, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit*, Oxford, 2010, p. 176.

di ugovor o zastupanju<sup>29</sup>. Doduše, u stranoj doktrini ova kvalifikacija je ponekad bila osporavana<sup>30</sup>. Prema drugom shvatanju kod ovog pravnog odnosa ima elemenata ugovora o nalogu, o zastupanju i punomoći<sup>31</sup>, što znači da se ovaj pravni odnos ne bi mogao podvesti pod jedan od imenovanih ugovora obligacionog prava nego je reč o specifičnom pravnom odnosu koji u sebi obuhvata tri obligacionopravna odnosa. Jedan autor ističe da u međunarodnoj praksi prevladuje kvalifikacija ovog odnosa kao ugovora o nalogu<sup>32</sup>.

Prema našem mišljenju, pravni odnos između akreditivne i avizirajuće banke je po svojoj pravnoj prirodi najbliži pravnom institutu zastupanja koje nastaje na osnovu punomoćja, jer kada akreditivna banka uputi predlog za zasnivanje korespondentskih odnosa sa bankom u inostranstvu u cilju aviziranja akreditiva, a banka u inostranstvu prihvati ovaj predlog, smatra se da je akreditivna banka na taj način dala punomoćje avizirajućoj banci. Pored toga, kada obavesti korisnika da je otvoren akreditiv, avizirajuća banka nastupa kao zastupnik akreditivne banke i sve radnje koje preuzme u granicama svojih ovlašćenja proizvode pravno dejstvo neposredno prema akreditivnoj banci<sup>33</sup>.

Povodom određivanja merodavnog prava za pravni odnos između akreditivne i avizirajuće banke, u stranoj doktrini ne postoji jedinstveno stanovište. Prema mišljenju Van Hutea, ako nije izabrano merodavno pravo, na ovu grupu pravnih odnosa trebalo bi primeniti pravo zemlje gde je sedište avizirajuće banke, jer se pravo zemlje gde je sedište avizirajuće banke primenjuje i na odnose između avizirajuće banke i korisnika i zbog toga je celishodno da se jedan pravni sistem primeni na dva aspekta jedne iste transakcije<sup>34</sup>. Ovo mišljenje zasnovano je na principu akcesornog vezivanja: kada su stranke zaključile međusobno više povezanih ugovora, a u nekom od njih nisu izabrale merodavno pravo, sud će i na taj ugovor primeniti ono pravo koje je utvrdio kao merodavno za drugi usko vezani ugovor.<sup>35</sup> Isti stav zastupaju i Elinger i Neo, s tim da navode drukčiju argumenta-

---

<sup>29</sup> Uglješa Grušić, p. 91, s pozivom na: Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, 9. izdanje, Beograd, 2006, p. 322.

<sup>30</sup> Alan Ward, Rob Wight, *The Advising Bank in Letter of Credit Transactions and the Assumption of Agency*, *Journal of International Business and Law*, 1993, p. 432. cit. prema Anthea Markstein, *The Law Governing Letters of Credit*, *Auckland University Law Review*, vol. 16, issue 1, 2010, p. 144.

<sup>31</sup> Branko Vukmir, p. 92.

<sup>32</sup> Alexander J. Bělohávek, p. 1011.

<sup>33</sup> Dragan Đorđević, *Pravni odnosi iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva (doktorska disertacija)*, Novi Sad, 2013, pp. 138–139. Isto i Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo*, p. 764.

<sup>34</sup> Hans van Houtte, *The Law of International Trade*, London, 2002, p. 271.

<sup>35</sup> Chukwuma Samuel Adesina Okoli, p. 449.

ciju, jer po njima, za ovaj pravni odnos bilo bi merodavno pravo zemlje gde se nalazi poslovno sedište avizirajuće banke, budući da je ona nosilac karakteristične obaveze u skladu sa Rimskom konvencijom<sup>36</sup>.

I drugi autori, tumačenjem Izveštaja Đulijana i Lagarda, dolaze do zaključka da je karakteristična obaveza kod nepotvrđenog akreditiva obaveza avizirajuće banke kao zastupnika, pa bi za odnos između banaka bilo merodavno pravo države gde se nalazi poslovne sedište avizirajuće banke<sup>37</sup>. Postoji i šire shvatanje koje polazi od toga da je korespondentna banka nosilac obaveze koja je karakteristična za ugovorni odnos između akreditivne i korespondente banke, bez obzira na to da li je ova banka avizirajuća, konfirmirajuća ili nominovana banka<sup>38</sup>. Treba imati u vidu da su sva izložena stanovišta zasnovana na Rimskoj konvenciji koja kao primarno koliziono rešenje u odsustvu izbora merodavnog prava, predviđa primenu prava nosioca karakteristične obaveze, pa stoga treba prvo odrediti za svaki ugovorni odnos koja strana je nosilac karakteristične obaveze. Donošenjem Prve rimske uredbe potreba za određivanjem nosioca karakteristične obaveze izgubila se kod najvažnijih vrsta ugovora među kojima su i ugovori o pružanju usluga, jer je evropski zakonodavac sam odredio objektivne i fiksne poveznice za ove vrste ugovora. Ako bi se, shodno tome, ugovor između akreditivne i avizirajuće banke kvalifikovao kao ugovor o pružanju usluge zastupanja, na osnovu Uredbe bi za njega bilo merodavno pravo uobičajenog boravišta pružaoca usluge<sup>39</sup>. Takva kvalifikacija bi dalje vodila primeni prava avizirajuće banke kao pružaoca usluge.

U *common law* sistemima zauzeto je suprotno stanovište: pošto obaveza avizirajuće banke podrazumeva samo prenos dokumentacije, a ne i plaćanje korisniku, pravo sa kojim je ugovor najuže povezan jeste pravo države akreditivne banke<sup>40</sup>. Ako pak ugovor između akreditivne i avizirajuće banke daje avizirajućoj banci pravo da utvrdi da li su dokumenta saobrazna uslovima akreditiva i da izvrši isplatu po dokumentima, pretpostavka se menja i merodavno postaje pravo zemlje avizirajuće banke<sup>41</sup>. Ova gledišta odražavaju shvatanje engleske doktri-

<sup>36</sup> Peter Ellinger, Dora Neo, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit*, Oxford, 2010, p. 380.

<sup>37</sup> Anthea Markstein, p. 144.

<sup>38</sup> Rolf Schutze, Gabriele Fontane, *Documentary Credit Law Throughout the World*, Paris, 2001, p. 27. Alexander Běohlávek, p. 1011.

<sup>39</sup> Anthea Markstein, p. 144.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 143. Autorka se poziva na sudsku praksu: *Kredietbank NV v. Sinotani Pacific Pte Ltd (Agricultural Bank of China, Third Party)* [1999] 3 SLR 288.

<sup>41</sup> Jack Raymond, Ali Malek, David Quest, *Documentary Credits*, Tottel (3rd ed), pp. 406-7; Michael Brindle, Raymond Cox, *Law of Bank Payments* (3<sup>rd</sup> ed), Sweet & Maxwell, pasus 8-115.

ne koja odlučujući značaj pri utvrđivanju najbliže veze kod akreditiva pridaje mestu ispunjenja obaveze.

Grušić potvrđuje da postoji drukčiji tretman odnosa između akreditivne banke i avizirajuće banke u engleskom pravu. On navodi da je pretpostavljeno rešenje u *common law* sistemima da je pravo zemlje sedišta korespondente banke najtešnje povezano sa odnosom između akreditivne i korespondente banke, jer je reč o mestu gde je predviđeno da korespondenta banka izvrši aviziranje akreditiva, prijem i pregled dokumenata, plaćanje, izdavanje konfirmacije<sup>42</sup>. Jedina situacija u kojoj je opravdano da se odstupi od pretpostavljenog rešenja, i na odnos između banaka primeni pravo zemlje akreditivne banke, jeste kada korespondentna banka nastupa samo kao avizirajuća banka i pri tom ima ovlašćenje samo da primi dokumenta i da ih prenese akreditivnoj banci, a ne i ovlašćenje da utvrđuje da li su ona saobrazna uslovima akreditiva<sup>43</sup>.

Prilikom određivanja merodavnog prava za pravni odnos između akreditivne i avizirajuće banke, uzimajući u obzir kolizione norme srpskog međunarodnog privatnog prava, osnovna dilema koja se javlja jeste, da li je u pitanju jedan od ugovora nabrojanih u članu 20 od tačke 1 do 19 ZRSZ ili je reč o "drugim ugovorima" iz tačke 20 istog člana za koje je propisana opšta norma da će se kao merodavno pravo primeniti pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedište ponudioca. Pošto smo zauzeli stav da je pravni odnos između akreditivne banke i avizirajuće banke po svojoj pravnoj prirodi ugovor o zastupanju na osnovu punomoćja, smatramo da bi u ovom slučaju trebalo primeniti odredbu člana 20, stav 1, t. 3 ZRSZ, prema kojoj se kao merodavno pravo za ugovor o punomoćstvu primenjuje pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno sedište punomoćnika.

Sledstveno tome, smatramo da bi po našem zakonu, ukoliko banke nisu izabrale merodavno pravo, merodavno pravo za pravni odnos između akreditivne i avizirajuće banke bilo pravo države gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedište avizirajuće banke kao punomoćnika i zastupnika akreditivne banke<sup>44</sup>. Drukči-

---

<sup>42</sup> Uglješa Grušić, p. 91. Autor se poziva na sudsku praksu: *European Asian Bank AG v Punjab and Sind Bank* [1981] 2 Lloyd's Rep 651; *Bank of Baroda v Vysya Bank Ltd* [1994] 2 Lloyd's Rep. 87; kao i na delo Ventris F.M. *Banker's Documentary Credits*, 3rd edition, London, 1990, p. 83. Slično pravilo se primenjuje i u pravu Izraela: Talia Einhorn, *Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Israel*, Supl. 35, 2012, p. 106.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 92. Autor se poziva na delo Richard King, *Gutteridge and Megrah's Law of Bankers Commercial Credits*, 8th edition, London 2001, p. 300.

<sup>44</sup> Do istog rezultata, tj. do primene prava sedišta avizirajuće banke, dolazi i Alexander J. Bělohávek, mada on kvalifikuje ugovor između avizirajuće banke i akreditivne banke kao ugovor o nalogu.

ja kvalifikacija, prema kojoj bi bila reč o ugovoru o nalogu ili o ugovoru *sui generis*, vodila bi drukčijem postupku određivanja merodavnog prava. O tome ćemo biti reči u sledećem poglavlju.

*Merodavno pravo za pravni odnos između akreditivne banke  
i konfirmirajuće banke*

Akreditivna banka može angažovati korespondentnu banku u inostranstvu, najčešće u zemlji gde je poslovno sedište korisnika akreditiva, čija uloga neće biti samo da utvrdi autentičnost akreditiva i da obavesti korisnika akreditiva o otvaranju ovog instrumenta plaćanja, nego i da potvrdi akreditiv koji je otvorila akreditivna banka. Potvrđivanje akreditiva je naročito u interesu korisnika (prodavca iz osnovnog ugovora), jer u ovom slučaju pored akreditivne banke, prema korisniku odgovara još jedna banka – konfirmirajuća banka<sup>45</sup>. Prema članu 2 Jednobrazanih pravila, konfirmirajuća banka dodaje svoju konfirmaciju (potvrdu) na akreditiv po ovlašćenju ili na zahtev akreditivne banke. Konfirmacija stvara definitivnu obavezu konfirmirajuće banke dodatno obavezi akreditivne banke, da honorise ili negocira usklađenu prezentaciju dokumenata. Pod pojmom honorisati podrazumeva se: 1. platiti po viđenju, ako je akreditiv raspoloživ sa plaćanjem po viđenju, 2. preuzeti obavezu za odloženo plaćanje i platiti na dan dospeća, ako je akreditiv raspoloživ sa odloženim plaćanjem ili 3. akceptirati menicu vučenu od strane korisnika i platiti na dan dospeća, ako je akreditiv raspoloživ uz akcept. Pod pojmom negociranje podrazumeva se kupovina (*purchase*) menica (vučenih na banku koja nije nominovana) i/ili dokumenata po usklađenoj prezentaciji od strane nominovane banke plaćanjem unapred ili saglašavanjem da se sredstva isplate korisniku na dan ili pre bankarskog dana kada dospeva ramburs nominovanoj banci<sup>46</sup>.

Iz napred navedenog proizilazi da konfirmirajuća banka ima dve grupe obaveza. Prva grupa su obaveze prema akreditivnoj banci, a to su obaveza potvrđivanja akreditiva i obaveza prosleđivanja akreditivnih dokumenata akreditivnoj banci. Druga grupa obaveza podrazumeva obaveze prema korisniku akreditiva, a to su obaveza pregleda dokumenata i obaveza banke da izmiri dug po osnovu akreditiva honorisanjem ili negociranjem, u zavisnosti od uslova akreditiva. Za izvršene usluge, konfirmirajuća banka ima pravo na proviziju i pravo na ramburs (eng. *reimbursement*) isplaćenog akreditivnog iznosa.

<sup>45</sup> Dragan Đorđević, p. 139.

<sup>46</sup> *Ibidem*.



Kao i u prethodnom poglavlju, da bismo odredili merodavno pravo za ovaj pravni odnos, neophodno je izvršiti analizu pravne prirode odnosa između akreditivne i konfirmirajuće banke. U našem pravu pravni položaj konfirmirajuće banke je regulisan samo jednom odredbom ZOO i to članom 1079, stav 3, prema kome neopozivi dokumentarni akreditiv može biti potvrđen od neke druge banke, koja, time pored akreditivne banke preuzima samostalnu i neposrednu obavezu prema korisniku.

Mogli bismo izdvojiti tri pravna shvatanja o pravnoj prirodi odnosa između akreditivne i konfirmirajuće banke. Prema jednom shvatanju konfirmirajuća banka ima pravni položaj komisionara, koji prema korisniku akreditiva istupa u svoje ime, a za račun akreditivne banke<sup>47</sup>. Konfirmirajuća banka preuzima samostalnu akreditivnu obavezu prema korisniku akreditiva i prema njemu nastupa u svoje ime, ali za račun akreditivne banke, pa je odnos između akreditivne i konfirmirajuće banke po svojoj prirodi ugovor o komisionu<sup>48</sup>. Prema drugom shvatanju ovaj pravni odnos ima elemenata ugovora o delu, iako se pravila tog ugovora ne mogu u celosti primeniti na njega<sup>49</sup>. Prema trećem shvatanju reč je o ugovoru o nalogu<sup>50</sup>.

Naš je utisak da govorni odnos između akreditivne i konfirmirajuće banke ima najviše sličnosti sa ugovorom o komisionu, jer se konfirmirajuća banka obavezuje kao i komisionar, da za naknadu obavi konfirmaciju akreditiva u svoje ime, a za račun akreditivne banke kao komitenta. Ovakav zaključak proizilazi pre svega iz definicije konfirmirajuće banke prema kojoj ova banka dodaje svoju konfirmaciju na akreditiv po ovlašćenju ili na zahtev akreditivne banke, što znači da prema korisniku istupa u svoje ime, a za račun akreditivne banke.

Prilikom određivanja merodavnog prava za pravni odnos između akreditivne i konfirmirajuće banke, u *common law* sistemima se najčešće polazi od principa najuže veze. Merodavno je pravo države gde je konfirmirajuća banka dodala svoju konfirmaciju, odnosno potvrdila akreditiv i gde je ovlašćena da honoriše usklađenu prezentaciju jer se smatra da je pravo te države najuže povezano sa

---

<sup>47</sup> Stevan Šogorov, *Bankarsko pravo*, Novi Sad, 2004, p. 216; Zoran Antonijević, Milan Petrović, Božidar Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982, p. 289.

<sup>48</sup> Uglješa Grušić, p. 91. Autor se poziva na sledeće autore: Jelena Vilus, Slavko Carić, Stevan Šogorov, *Međunarodno privredno pravo*, 2. izdanje Beograd, 1989, p. 474 i Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, p. 322.

<sup>49</sup> Branko Vukmir, p. 82.

<sup>50</sup> Alexander J. Bělohávek, p. 1011.

ugovorom<sup>51</sup>. To će najčešće biti pravo zemlje gde konfirmirajuća banka obavlja svoje poslovne aktivnosti<sup>52</sup>. U engleskoj pravnoj teoriji preovlađuju gledišta da je za ugovorni odnos između akreditivne banke i konfirmirajuće banke merodavno pravo države u kojoj se nalazi poslovno sedište konfirmirajuće banke<sup>53</sup> i gde je konfirmacija izvršena<sup>54</sup>.

Međutim, ranije smo naveli da prilikom utvrđivanja najbliže veze, veliki značaj ima i akcesorno vezivanje. U tom smislu je posebno značajno koje će pravo biti utvrđeno kao merodavno za odnos između konfirmirajuće banke i korisnika. Konfirmirajuća banka obično ima sedište u državi gde se prezentuju dokumenti i vrši isplata po akreditivu, ali to ne mora uvek biti slučaj. Kada se poslovno sedište konfirmirajuće banke i mesto honorisanja i negociranja dokumenata po akreditivu ne poklapaju, prevagu odnosi mesto honorisanja i negociranja dokumenata, te za odnos između konfirmirajuće banke i korisnika engleski sud određuje kao merodavno englesko pravo.<sup>55</sup> To, zatim, može da dovede do proširenja merodavnog prava i na odnos između akreditivne i konfirmirajuće banke, putem akcesornog vezivanja. Banke mogu da izbegnu takav rezultat ako u svom ugovoru predvide merodavno pravo.

<sup>51</sup> Anthea Markstein, p. 143. Autorka se poziva na sudsku praksu: *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd (in liq) v. Sonali Bank* [1995] Lloyd's Rep 227 (QB).

<sup>52</sup> *Ibidem*. Autorka se poziva na sudsku praksu: *Mizuho Corporate Bank Ltd v. Cho Hung Bank* [2004] 4 SLR 67.

<sup>53</sup> Peter Ellinger, Dora Neo, p. 379.

<sup>54</sup> Richard King, p. 304.

<sup>55</sup> *PT Pan Indonesia Bank Ltd v. Marconi Communications International* [2005] EWCA 422. U ovom predmetu sud je utvrđivao merodavno pravo za odnos između korisnika akreditiva koji je imao poslovno sedište u Engleskoj i konfirmirajuće banke koja je imala mesto poslovanja u Indoneziji, isto kao i akreditivna banka. Honorisanje i negociranje dokumenata je po posebnom ugovoru trebalo da obavi nominovana banka u Engleskoj. Sud je zaključio da je merodavno Englesko pravo kao pravo najuže veze. Mada u ovom predmetu nije bio sporan odnos između konfirmirajuće i akreditivne banke, već odnos između korisnika akreditiva i konfirmirajuće banke, za našu temu je značajno da je engleski sud, postupajući po Rimskoj konvenciji, smatrao da najbliža veza postoji sa pravom Engleske, kao pravom mesta plaćanja, a ne sa pravom Indonezije, kao pravom nosioca karakteristične obaveze. Japanski sud je takođe u jednom slučaju dao prevagu mestu plaćanja kao važnijem od uobičajenog boravišta akreditivne banke, za određivanje merodavnog prava u pravnom odnosu između akreditivne banke i korisnika akreditiva. Jun Yokoyama, *Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Japan*, Suppl. 52, 2017, p. 74. Slično je i u pravu Izraela: Talia Einhorn, *Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Israel*, Supl. 35, 2012, p. 106. Za odnos između akreditivne i korespondentne banke u Izraelu biće merodavno pravo korespondentne banke, kao pravo nosioca karakteristične obaveze, a za odnos između korisnika i akreditivne banke, pravo mesta plaćanja. Te dve tačke vezivanja će najčešće ukazati na isto pravo

Uzimajući u obzir da smo u ovom radu pošli od pretpostavke da se problem određivanja merodavnog prava pojavio pred srpskim sudovima smatramo da bi oni mogli prihvatiti kvalifikaciju prema kojoj je reč o ugovoru o komisionu. U tom slučaju trebalo bi da primene odredbu člana 20, stav 1 t. 5 ZRSZ, prema kojoj je za ugovor o komisionu merodavno pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno, sedište komisionara.<sup>56</sup> Budući da smo zauzeli stav da je obligacioni odnos između akreditivne banke i konfirmirajuće banke po svojoj pravnoj prirodi ugovor o komisionu, smatramo da bi merodavno pravo za pravni odnos između akreditivne i konfirmirajuće banke bilo pravo države gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedište konfirmirajuće banke kao komisionara koji prema korisniku akreditiva nastupa u svoje ime, a za račun akreditivne banke.

U slučaju da domaći sud ne usvoji kvalifikaciju prema kojoj je reč o ugovoru o komisionu, već naprotiv, oceni da je reč o ugovoru o nalogu ili pak o ugovoru *sui generis*, postupak određivanja merodavnog prava biće drukčiji. Tada se ugovor između akreditivne i konfirmirajuće banke mora podvesti pod t. 20 člana 20 ZRSZ koja je namenjena za sve druge ugovore koji nisu navedeni u prvih devetnaest tačaka. U vezi sa tim, nije ubedljivo rezonovanje da je za ugovor o nalogu merodavno pravo nalogodavca zbog toga što je za ugovor o posredovanju (t. 4), ugovor o komisionu (t. 5), ugovor o otpremanju (špediciji)(t. 6 ), ugovor o uskladištenju (t. 11), ugovor o osiguranju (t. 13), koji svi imaju svoju građanskopravnu osnovu u ugovoru o nalogu, merodavno pravo posrednika, komisionara, otpremnika (špeditera), skladištara i osiguravača.<sup>57</sup>

Zakonodavac je očigledno nabrojao više srodnih ugovora u različitim tačkama ovog člana i odredio za svaki od njih kao merodavno pravo nosioca karakteristične obaveze, ali među njima nije naveo ugovor o nalogu.<sup>58</sup> Za popunjavanje pravnih praznina pri određivanju merodavnog prava za druge ugovore zakonodavac nije predvideo shodnu primenu odredaba ovog zakona, već je za sve ugovore koji nisu izričito pomenuti predvideo posebnu objektivnu i fiksnu poveznicu – pravo sedišta ponudioca u vreme prijema ponude. Dakle, za druge ugovore koji nisu posebno imenovani u članu 20 ZRSZ, merodavno pravo nije pravo dužnika karakteristične obaveze, već pravo prebivališta odnosno sedišta ponudioca u

---

<sup>56</sup> Tako i Uglješa Grušić, p. 91. Aleksander J. Bělohávek, p. 1011, smatra da primena prava sedišta korespondentne banke ne zavisi od toga da li se korespondentna banka pojavljuje u ulozi avizirajuće ili konfirmirajuće banke.

<sup>57</sup> V. Uglješa Grušić, p. 90, fusnota 19.

<sup>58</sup> U t. 2 člana 20 ZRSZ je, na primer, naveden ugovor o delu i ugovor o građenju koji su takođe ugovori srodne pravne prirode.

vreme prijema ponude<sup>59</sup>. Primenom navedene poveznice, dolazi se do sasvim suprotnog rezultata – budući da korespondentna banka dodaje svoju potvrdu po ovlašćenju ili na zahtev akreditivne banke, može se sa dosta sigurnosti predvideti da će ponudilac biti gotovo uvek akreditivna banka, te da će član 20, t. 20 ZRSZ po pravilu voditi do prava sedišta akreditivne banke<sup>60</sup>. Osim toga, treba pomenuti da kvalifikacija konfirmirajuće banke kao nosioca karakteristične obaveze u ugovoru sa akreditivnom bankom nije nesporna.<sup>61</sup>

Bez obzira kojim putem kvalifikacije sud da krene, ne treba da zaboravi na specijalnu klauzulu odstupanja, koja mu omogućava da uzme u obzir sve okolnosti slučaja i da eventualno odstupa od merodavnog prava do kojeg je stigao pomoću fiksne tačke vezivanja.

Problemi oko kvalifikacije ugovora između akreditivne i korespondentne banke trebalo bi da budu manji, kada bude usvojen Zakon o međunarodnom privatnom pravu. U nacrtu ZMPP<sup>62</sup> koji preuzima gotovo sva pravila Prve rimske uredbe, navedeno je, između ostalog, da je za ugovor o pružanju usluga merodavno pravo države u kojoj se nalazi uobičajeno boravište davaoca usluga (član 146, stav 1, t. 3)<sup>63</sup>. Davalac usluga u pravnim odnosima između banaka koje učestvuju u pravnim poslovima akreditiva je bez sumnje korespondentna banka. Doduše, i nacrt ZMPP kao i Prva rimska uredba, dozvoljava sudu da odstupa od ovog rešenja i prilagodi fiksnu kolizionu normu konkretnim okolnostima slučaja: “Ako iz svih okolnosti slučaja proističe da je ugovor očigledno u bitno užoj vezi sa [drugom državom], primenjuje se pravo te druge države” (član 146, stav 3).

Da bi se razumelo kako primena ovog ovlašćenja suda, ove “klauzule izuzetka”, funkcioniše u praksi, osvrnućemo se na predmet *Bank of Baroda*, koji smo

<sup>59</sup> Do istog zaključka dolaze i Zlatan Meškić i Slavko Đorđević, p. 96, s tim da autori polaze od toga da je odnos između akreditivne banke i nalogodavca dominantan pravni odnos kod akreditiva, te da se merodavno pravo za taj odnos utvrđuje primenom člana 19 i člana 20, t. 20 3PC3, dok na sve ostale odnose iz akreditiva treba primeniti to pravo po principu akcesornog vezivanja.

<sup>60</sup> Maja Stanivuković, Mirko Živković, *Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Serbia*, Suppl. 55, 2018, p. 176.

<sup>61</sup> Ima shvatanja da je nosilac karakteristične obaveze u ovom odnosu akreditivna banka, zbog obaveze rambursa plaćenog iznosa. Chukwuma Samuel Adesina Okoli, p. 487-488.

<sup>62</sup> Konačna verzija Nacrta ZMPP - jun 2014. godine objavljena je na veb-sajtu Ministarstva pravde: <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

<sup>63</sup> Kada su u pitanju ugovorne obaveze, pod uobičajenim boravištem pravnog lica se podrazumeva mesto u državi u kojoj se nalazi njegova glavna uprava, ali to može biti i država u kojoj se u trenutku zaključenja ugovora nalazi njegov ogranak, predstavništvo ili druga poslovna jedinica, pod uslovom da je ugovor zaključen u okviru poslovanja tog ogranka, predstavništva ili druge poslovne jedinice, ili da je prema ugovoru taj ogranak, predstavništvo ili poslovna jedinica dužna da izvrši ugovornu obavezu. Nacrt ZMPP, član 7.

već pominjali.<sup>64</sup> Akreditivna banka i kupac robe/nalogodavac imali su sedište u Indiji, a konfirmirajuća banka i prodavac robe/korisnik akreditiva imali su sedište u Engleskoj. Primenom člana 4, stav 2 Rimske konvencije prema kome je za ugovor merodavno pravo nosioca karakteristične obaveze, engleski sud je došao do zaključka da se na odnos između konfirmirajuće banke i korisnika, kao i na odnos između konfirmirajuće banke i akreditivne banke primenjuje englesko pravo. Postavilo se međutim pitanje koje pravo je merodavno za odnos između akreditivne banke i korisnika. Advokati akreditivne banke tvrdili su da je merodavno indijsko pravo, kao pravo sedišta akreditivne banke (nosioca karakteristične obaveze u tom odnosu).

Međutim, engleski sud je odbio njihovu argumentaciju i primenio i na ovaj odnos englesko pravo, smatrajući da bi bilo krajnje nepogodno za korisnika kada bi se na njegov odnos sa konfirmirajućom bankom primenjivalo jedno (tj. englesko) pravo, a na njegov odnos sa akreditivnom bankom drugo (tj. indijsko) pravo. Koristeći klauzulu izuzetka iz člana 4, stav 5 Konvencije, engleski sud je zaključio da zbog povezanosti ovih ugovora, i na ugovor između korisnika i akreditivne banke treba primeniti jedno isto, tj. englesko pravo. Tako se merodavno pravo za ugovor između banaka proširilo (kao što se širi infekcija) i na ugovorni odnos između akreditivne banke i korisnika (u engleskom pravu doktrina akcesornog vezivanja se naziva još i “doktrina infekcije”)<sup>65</sup>. Moglo se, naravno, rezonovati i u obrnutom smeru. Da je sudio npr. indijski sud, mogao je zaključiti da je za dominantni ugovorni odnos između akreditivne banke i korisnika merodavno indijsko pravo kao pravo nosioca karakteristične obaveze, a na osnovu toga da i za ugovor između konfirmirajuće banke i akreditivne banke, kao akcesorni odnos, treba da bude merodavno to isto, tj. indijsko pravo. Ovaj primer nam pokazuje da od foruma koji će rešavati spor i dalje zavisi koje će pravo biti određeno kao merodavno za jedan isti međunarodni akreditiv.

*Merodavno pravo za pravni odnos između akreditivne banke  
i nominovane banke*

Prema članu 2 Jednoobraznih pravila, nominovana banka je banka kod koje je akreditiv raspoloživ ili bilo koja banka u slučaju da je akreditiv raspoloživ kod bilo koje banke. Pod nominovanom bankom podrazumevamo banku koja je ovlašćena od strane akreditivne banke da izvrši isplatu novčanog iznosa navedenog u otvorenom akreditivu korisniku akreditiva ili da izvrši druge pravne radnje

---

<sup>64</sup> *Bank Baroda v. Vysa Bank limited* [1994] CLC 41.

<sup>65</sup> Chukwuma Samuel Adesina Okoli, p. 468.

u vezi sa menicama ili robnim dokumentima. Sadržaj obaveza nominovane banke biće utvrđen ugovorom sa akreditivnom bankom, a moguće obaveze nominovane banke su: da primi dokumente od korisnika i da ih prosledi akreditivnoj banci, bez obaveze pregleda dokumenata i bez obaveze plaćanja; da primi, pregleda dokumente i da utvrdi da li su saobrazni sa uslovima i odredbama akreditiva i da ih prosledi akreditivnoj banci, bez obaveze plaćanja; da isplati akreditivnu sumu pošto akreditivna banka ili konfirmirajuća banka utvrdi usklađenost dokumenata sa akreditivnim uslovima; da sama izvrši pregled dokumenata i da isplati akreditivnu sumu; da akceptira ili otkupi menice; da otkupi robna dokumenta ili preuzme obavezu odloženog plaćanja<sup>66</sup>.

Kada govorimo o pravnoj prirodi odnosa između akreditivne i nominovane banke, na prvom mestu treba istaći da nominovana banka ima obaveze samo prema akreditivnoj banci, a ne i prema korisniku akreditiva, što znači da ukoliko nominovana banka odbije isplatu ili prijem dokumenata, korisnik mora da se obrati sa zahtevom za isplatu akreditivnoj banci ili konfirmirajućoj banci. Nominovana banka ima pravo da naplati naknadu za obavljanje usluge platnog prometa, a ako je prihvatila i obavezu pregleda dokumenata ima pravo na proviziju za uslugu pregleda dokumenata. Prema članu 12 t. (c) Jednoobraznih pravila, prijem ili pregled i prosleđivanje dokumenata od strane nominovane banke koja nije ujedno i konfirmirajuća banka, niti obavezuju tu nominovanu banku da honorise ili negocira, niti te radnje predstavljaju honorisanje ili negociranje. Ovu odredbu bismo mogli da tumačimo tako da nominovana banka (koja nema istovremeno i ulogu konfirmirajuće banke) niti ima obavezu, niti je ovlašćena da vrši honorisanje ili negociranje akreditiva.

U Zakonu o obligacionim odnosima u delu koji reguliše akreditiv nema odredbe koja se odnosi na nominovanu banku. Prema članu 1079, stav 4 ZOO notifikacija akreditiva korisnika od strane neke druge banke nije sama po sebi potvrđivanje ovog akreditiva. Međutim ZOO ne daje definiciju notifikacije. Potvrđeni akreditiv treba razlikovati od akreditiva koji je samo "naplativ" ili "raspoloživ" kod banke korespondenta. U ovom slučaju banka – korespondent je samo punomoćnik akreditivne banke, koji u ime i za račun ove poslednje vrši isplatu korisniku<sup>67</sup>. U našoj pravnoj teoriji postoji i mišljenje da je banka koja vrši notifikaciju obaveštavajuća ili avizirajuća banka i da je u pravnom odnosu samo sa akreditivnom bankom, prema kojoj je i preuzela obavezu da će tačno preneti uslove otvorenog akreditiva. Ta banka može biti ovlašćena od strane akreditiv-

<sup>66</sup> Dragan Đorđević, p. 150.

<sup>67</sup> *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, redaktori: Borislav Blagojević, Vrleta Krulj, Beograd 1983, p. 2181.

ne banke da izvrši isplatu akreditivne sume, ali tada to čini u ime i za račun akreditivne banke<sup>68</sup>.

S druge strane, notifikacija akreditiva se ne spominje u Jednoobraznim pravilima. Treba uzeti u obzir da je naš ZOO donet 1978. godine, a važeća revizija Jednoobraznih pravila je počela da se primenjuju 2007. godine. Kada pođemo od podele akreditiva na potvrđene i nepotvrđene, i od odredbi Jednoobraznih pravila kojima se uređuje pravni položaj avizirajuće i nominovane banke dolazimo do zaključka da bi se pod notifikacijom podrazumevale sve pravne radnje koje preduzimaju banke koje nisu konfirmirajuće, a to su avizirajuća i nominovana banka.

Smatramo da je pravni odnos između akreditivne i nominovane banke po svojoj pravnoj prirodi zastupanje na osnovu punomoćja gde je akreditivna banka vlastodavac, a nominovana banka punomoćnik. Suštinski gledano, pravna priroda odnosa akreditivne banke sa nominovanom je ista kao i pravna priroda odnosa koji postoji između akreditivne i avizirajuće banke. Međutim može da postoji razlika u obavezama koje ima nominovana banka u poređenju sa avizirajućom bankom. Avizirajuća banka ima obavezu da utvrdi autentičnost akreditiva i da obavesti korisnika da je u njegovu korist otvoren akreditiv kao instrument plaćanja, dok obaveze nominovane banke zavise isključivo od ugovora sa akreditivnom bankom i ona može imati znatno širi krug obaveza.

Kada je reč o određivanju merodavnog prava za pravni odnos između akreditivne i nominovane banke, izneto je stanovište da pravo države poslovnog sedišta nominovane banke ima najbližu i najrealniju vezu sa ugovorom između nominovane i akreditivne banke<sup>69</sup>.

Prema našem mišljenju, merodavno pravo za pravni odnos između akreditivne banke i nominovane banke može se odrediti primenom člana 20, stav 1, t. 3 ZRSZ, prema kome je za ugovor o punomoćstvu merodavno pravo mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno sedišta punomoćnika. To bi u ovom slučaju značilo da bi se primenilo pravo države gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedišta nominovane banke kao punomoćnika akreditivne banke. Drugim rečima, smatramo da bi trebalo primeniti istu kolizionu normu kao i u slučaju obligacionog odnosa između akreditivne i avizirajuće banke.

U protivnom, ukoliko bi sud kvalifikovao ugovor između akreditivne i nominovane banke kao ugovor o nalogu ili ugovor *sui generis*, sledila bi primena prava sedišta ponudioca, prema članu 20, stav 1, t. 20, uz mogućnost da se s pozivom na posebne okolnosti slučaja primeni neko drugo pravo kao najuže povezano pravo.

---

<sup>68</sup> *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, redactor: Slobodan Perović, Beograd, 1995, p. 1663.

<sup>69</sup> Anthea Markstein, p. 143.

## ZAKLJUČAK

Međunarodni dokumentarni akreditiv je po samoj definiciji pravni institut koji obuhvata učesnike koji pripadaju različitim državama, a ova karakteristika naročito dolazi do izražaja kod pravnih odnosa koji se javljaju između banaka kao učesnika u poslu dokumentarnog akreditiva. Problem određivanja merodavnog prava kod međubankarskih odnosa možemo očekivati u značajnom broju slučajeva, jer najcelishodnije rešenje koje postoji u međunarodnom privatnom pravu, a to je da stranke same izaberu u ugovoru merodavno pravo, u međubankarskoj praksi nije uhvatilo dublje korene. Često i ne postoje ugovori između banaka, već se one oslanjaju na kodifikovane poslovne običaje koje je donela Međunarodna trgovinska komora. Još jedan razlog za izostanak ugovora između banaka je i nužnost za bržim obavljanjem platnog prometa sa inostranstvom i činjenica da banke međusobne pravne odnose u vezi realizacije akreditiva uspostavljaju putem standardizovanih "swift" poruka. U ovom radu razmotrili smo kako se određuje merodavno pravo za obligacione odnose između banaka koje učestvuju u realizaciji dokumentarnog akreditiva.

Posebno smo prikazali odnose između akreditivne banke, s jedne strane, i korespondentnih banaka (avizirajuće, konfirmirajuće i nominovane banke), s druge strane. Pokušali smo da odredimo pravnu prirodu svakog pojedinačnog pravnog odnosa i da potom iznesemo mišljenje o tome koje pravo bi bilo merodavno za svaki pojedinačni odnos, polazeći od našeg Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja. Posle izvršene analize došli smo do zaključka da bi za pravni odnos između akreditivne banke i avizirajuće banke, kao i za pravni odnos između akreditivne banke i nominovane banke bilo merodavno pravo države gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedište avizirajuće odnosno nominovane banke kao punomoćnika akreditivne banke (član 20, stav 1, t. 3 ZRSZ).

Za pravni odnos između akreditivne banke i konfirmirajuće banke, po našem mišljenju, merodavno pravo bi bilo pravo države gde se u vreme prijema ponude nalazilo sedište konfirmirajuće banke kao komisionara koji prema korisniku akreditiva nastupa u svoje ime, a za račun akreditivne banke (član 20, stav 1, t. 5 ZRSZ). Ova rešenja primenjivala bi se ukoliko okolnosti datog slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao pravo najuže veze. Prikazali smo da u krajnoj liniji ova rešenja zavise od toga da li će sud prihvatiti predložene kvalifikacije interbankarskih ugovora koje su date u domaćoj doktrini. Postoji mogućnost da sud oceni da su ugovori između akreditivne banke i korespondentnih banaka ugovori o nalogu ili ugovori *sui generis*, pa bi u tom slučaju koliziona norma ukazala na pravo države u kojoj se nalazi sedište akreditivne banke. Do istog rezultata bi sud mogao doći



i ako bi odredio neki od odnosa u kojima učestvuje akreditivna banka kao dominantan, a zatim proširio merodavno pravo za taj odnos na celu transakciju međunarodnog akreditiva. Neizvesnost oko određivanja merodavnog prava za interbankarske odnose kod međunarodnog akreditiva biće u domaćem pravu znatno manja kada bude donet Zakon o međunarodnom privatnom pravu, jer će se tada primenjivati nova pravila preuzeta iz Prve rimske uredbe, koja kao merodavno određuje pravo sedišta pružaoca usluge. Međutim, ostaće i dalje mogućnost primene klauzule odstupanja u korist najuže povezanog prava. Stoga, da bi se izbegla neizvesnost, preporučuje se bankama da, uvek kada to mogu, izaberu merodavno pravo za svoje međusobne odnose.

MAJA STANIVUKOVIĆ, LL.D.,  
University of Novi Sad  
DRAGAN ĐORĐEVIĆ, LL.D.,  
Attorney at law in Novi Sad

#### APPLICABLE LAW TO LEGAL RELATIONSHIPS BETWEEN BANKS PARTICIPATING IN INTERNATIONAL DOCUMENTARY CREDIT OPERATIONS

##### Summary

Legal relationships between banks participating in operations of international documentary letters of credit and the ways to determine the applicable law to these relationships in the Serbian private international law are rarely treated as a subject. Although most documentary credits issued in connection with international transactions are expressly governed by UCP 600, while the interbank relations are governed by the ICC Rules for Bank-to-Bank Reimbursements under Documentary Credits (URR 725), there are some issues that remain unregulated by those uniform law instruments, for which the applicable law may need to be determined. The authors have considered relationships between the advising bank and the issuing bank, between the confirming bank and the issuing bank and between the nominated bank and the issuing bank in order to classify them for the purposes of determining the applicable law. The various possible outcomes under the rules on the applicable law to contracts of the contained in Articles 19 and 20 of the 1982 Serbian PIL Code have been discussed and compared to the new rules of the draft Serbian PIL Code 2014 which, if enacted, will be based on the rules of the Rome I Regulation. The authors conclude that there is uncertainty as to the outcome of the conflict of law analysis and recommend banks to make the choice of the applicable law in their contracts whenever possible.

*Key words:* documentary letters of credit, applicable law, interbank relations



## POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE I ARBITRAŽNI POSTUPAK

*U radu je analizirana primena standarda pravičnog suđenja u postupku pred dobrovoljnim (sporazumnim) arbitražnim tribunalom. Okolnost da je reč o “nedržavnom sudu” kao i pravo stranaka da sporazumno odrede procesna pravila za vođenje arbitražnog postupka, što podrazumeva i mogućnost odricanja od primene određenih garantija pravičnog suđenja iz čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, implicira niz specifičnosti u primeni standarda pravičnog suđenja u postupku pred dobrovoljnom arbitražom. Ipak, relevantni međunarodni i nacionalni izvori arbitražnog prava ukazuju na neophodnost poštovanja minimuma garantija pravičnog suđenja. Kako je osnov podnošenja ustavne žalbe na nacionalnom nivou povreda osnovnih sloboda i prava pravnih subjekata, što podrazumeva i povredu procesnih prava, u radu je, na teorijskom nivou, ukazano na (ne)mogućnost direktnog podnošenja (nedopustivost) ustavne žalbe protiv arbitražne odluke. Suštinski, kako je pravo na tužbu za poništaj arbitražne odluke jedno od prava kojih se arbitražne stranke ne mogu odreći, zaljučivanje o minimumu procesnih garantija fer suđenja svodi se na analizu uslova za podnošenje ove tužbe među kojima se prepoznaje niz takvih garantija. Stoga je ova tužba, kao specifično pravno sredstvo, dopušteni i nužni put zaštite od povrede garantija pravičnog arbitražnog postupka.*

Ključne reči: arbitraža, pravično suđenje, ustavna žalba, tužba za poništaj

---

Dr Dušica Palačković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je napisan u okviru realizacije projekta “Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije”, koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

## U V O D

Čini se nespornim da se odlukom svakog suda, bio on državni ili “nedržavni”, kakvim se najčešće terminološki određuje arbitražni sud, mogu povrediti ljudska prava. Isti zaključak sledio bi i u odnosu na postupak koji se vodi, bio on sudski, upravni, krivični, arbitražni ili drugi. Potvrdu ovog zaključka nalazimo već u odredbi čl. 33 Zakona o arbitraži Republike Srbije,<sup>1</sup> koji kao bitna načela postupka određuje ravnopravnost stranaka i kontradiktornost. Povreda ovih načela, naime, uslovljava povredu prava na pravično suđenje iz čl. 6(1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>2</sup>, kao osnovnog ljudskog prava. Problem primene standarda pravičnog suđenja u arbitražnom postupku u ovom radu je ograničen na postupak i odluke dobrovoljnih arbitraža, a odgovor na pitanje granica poštovanja ovog standarda nije moguć bez analiziranja prava arbitražnih stranaka pri ugovaranju arbitraže, odnosno slobode sporazumevanja koja se ostavlja strankama. Način na koji nacionalni pravni sistemi uređuju materiju arbitražnog prava kao i način na koji je regulisana kontrolna uloga državnog suda nesporno su povezani uz temu ovog rada. Ustavna kontrola povrede osnovnih sloboda i prava pravnih subjekata, kao konačni vid njihove zaštite na nacionalnom nivou otvara pitanje mogućnosti direktnog podnošenja ustavne žalbe protiv arbitražne odluke. Takođe, uslovi za podnošenje tužbe za poništaj arbitražne odluke u najdirektnijoj su vezi sa usvojenim procesnim garantijama, odnosno fer arbitražnim suđenjem i načinom njegove zaštite.

Ukoliko je početna premisa stav da se stranke koje ugovaraju nadležnost arbitraže mogu “odreći” procesnih garantija, ali su sporne granice odricanja i da li one postoje, za njenu potvrdu moralo bi se poći od okolnosti da same stranke imaju mogućnost da sporazumno odrede procesna pravila za “svoju” arbitražu, direktno ili upućivanjem na određena arbitražna pravila, odnosno zakon.<sup>3</sup> Očekivanje stranaka je da će se izabrana procesna pravila dosledno primenjivati, ali odstupanje od njih nosi opasnost povrede prava na fer postupak. Pri tome, arbitražne institucije svojim aktima uređuju pravila postupka, garantujući procesna prava

<sup>1</sup> Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, u daljem tekstu “ZA”.

<sup>2</sup> Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (izmenjena u skladu sa Protokolima br. 11, 4, 7, 12 i 13), *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr., i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10. Slično i Zakon o arbitraži RH, *Narodne novine*, br. 88/01, čl. 17, u daljem tekstu “ZA RH”; Zakon o arbitraži CG, *Službeni list CG*, 6p. 47/2015, čl. 30; Zakon o arbitraži Republike Slovenije, *Uradni list RS*, br. 45/08, čl. 21.

<sup>3</sup> Čl. 32 st. 1 ZA; čl. 18 st. 1 ZA RH.

stranaka.<sup>4</sup> Procesne garantije predviđaju i najvažniji međunarodni izvori arbitražnog prava.

Tako, Arbitražna pravila Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (*UNCITRAL*), koja u odredbi čl. 17<sup>5</sup> garantuju, u slučaju da sama Pravila ne predviđaju nešto drugo, da arbitražni sud može sprovesti postupak na način koji smatra celishodnim, ali uz uslov da prema strankama postupa jednako (načelo ravnopravnosti) i da se u odgovarajućim stadijumima postupka svakoj stranci pruži mogućnost da iskoristi svoja prava i da iznese svoje predloge (načelo kontradiktornosti). Ista odredba sadrži i garantije prava na suđenje u razumnom roku, odnosno da se u “postupku izbegnu nepotrebna odugovlačenja”,<sup>6</sup> i da se “obezbedi pravičan i efikasan postupak”. Pravila, u glavi VII pod naslovom “Pravno sredstvo protiv arbitražne odluke” (čl. 34), određuju tužbu za poništaj kao isključivo pravno sredstvo protiv odluke arbitražnog tribunala (*Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award*), što je od posebne važnosti u kontekstu teme ovog rada. Posredno, mada sa specifičnim poljem primene, i Njujorška konvencija<sup>7</sup> pominje neophodnost garantovanja procesnih prava strankama u arbitražnom postupku u kome je odluka donesena. Odredba čl. V(b) predviđa da se priznanje odbija ukoliko je stranci “iz nekog drugog razloga bilo nemoguće da upotrebi svoja sredstva”, što svakako podrazumeva i procesna sredstva. Navedene garantije su, zapravo, dobrim delom one iz čl. 6 Evropske konvencije.

Aplikabilnost Evropske konvencije na postupanje i odlučivanje arbitražnog suda nije detaljnije obrađivana u našoj pravnoj teoriji. U stranoj literaturi, pak,

---

<sup>4</sup> Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2016, u daljem tekstu “Pravilnik SA”; Arbitražna pravila ljubljanskog Arbitražnog centra pri Privrednoj komori Slovenije, [http://www.sloarbitration.eu/Portals/en-EN/Ljubljanska-arbitrazna-pravila/The%20Ljubljana%20Arbitration%20Rules\\_Serbian.pdf](http://www.sloarbitration.eu/Portals/en-EN/Ljubljanska-arbitrazna-pravila/The%20Ljubljana%20Arbitration%20Rules_Serbian.pdf), 28.08.2019; Pravilnik o arbitraži pri Stalnom arbitražnom sudištu Hrvatske gospodarske komore, *Narodne novine*, br. 129/2015, 50/2017, <https://www.hgk.hr/stalno-arbitrazno-sudiste-pri-hgk/zagrebacka-pravila>, 28.08.2019.

<sup>5</sup> V. npr., čl. 17. Arbitražnih pravila *UNCITRAL*, Prečišćen tekst sačinjen na osnovu teksta Arbitražnih pravila objavljenih u *Službenom glasniku RS*, br. 2/2014 i Odluke o izmenama i dopunama Arbitražnih pravila objavljene u *Službenom glasniku RS*, br. 58/16. kojim se garantuje u slučaju da sama Pravila ne predviđaju nešto drugo, da arbitražni sud može sprovesti postupak na način koji smatra celishodnim, ali uz uslov da prema strankama postupa jednako

<sup>6</sup> O ovome govori i odredba čl. 30. Pravilnika SA, kojom se predviđa obaveza arbitražnog veća ili arbitra pojedinca da odmah po preuzimanju predmeta od Sekretarijata Arbitraže, uz moguće konsultacije sa strankama, “utvrdi” vremenski plan toka postupka koji, zapravo, odgovara vremenskom okviru parnice iz čl. 308 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014 i 87/2018.

<sup>7</sup> Konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka, iz 1958. god., <http://www.stalnaarbitraza.rs/međunarodne-konvencije/>, 28.08.2019.

aplikabilnost se smatra spornom u tzv. *consensual arbitration*, nasuprot “obaveznim” arbitražama, uz pozivanje na odluku Evropske komisije u slučaju *X v. Federal Republic of Germany*<sup>8</sup> u kojoj je zauzet stav da je sasvim jasno da se prihvatanjem arbitražnog sporazuma legalno prihvata “parcijalno” odricanje od garantija iz čl. 6(1) Evropske konvencije. Dalje se problematizuje kojih se to garantija stranke odriču a kojih ne.<sup>9</sup> Ni odluka u slučaju *Suovaniemi v. Finland*,<sup>10</sup> ne precizira procesna prava za koja je odricanje moguće. Teoretičari, međutim, zaključuju da se sporazumom može odreći od prava na javnu raspravu (suđenje), ili prava na obrazloženje odluke, ali ne i od prava na pristup pravdi u celini.<sup>11</sup> Stavovi da se Evropska konvencija, odnosno njen čl. 6 st. 1, ne primenjuju uopšte na arbitražni postupak opravdavaju se okolnošću da je zahtev ove Konvencije da “tribunal” bude “osnovan zakonom” (*established by law*), odnosno da je telo koje vrši javnu vlast. Shvatanje o arbitraži kao privatnom telu čija je odluka “akt privatne jurisdikcije, kojemu država priznaje kvalitete pravomoćnosti”<sup>12</sup> mada je “privatni judikat”,<sup>13</sup> automatski isključuje arbitražni postupak iz polja primene ove Konvencije, dok prihvatanje čisto procesnopravne teorije (publicističke), kao i mešovite,<sup>14</sup> o arbitražnom sudu kao “pravosudnom tijelu”<sup>15</sup> vodi suprotnom zaključku.

Za EHCR pojam “tribunal” iz čl. 6 st. 1, “ne treba nužno razumeti kao sud u klasičnom značenju organa integrisanog u pravosudni sistem određene države”.<sup>16</sup> Uz to, mogućnost da se zaključenjem arbitražnog sporazuma odrekne, barem delimično, od procesnih prava, odnosi se primarno na pravo na sud kao deo državnog, etabliranog pravosudnog sistema.<sup>17</sup> U prilog stava da je i arbitražni sud “tribunal” EHCR argumentuje i da njegovo osnivanje i organizacija ne zavise od

<sup>8</sup> *X v. Federal Republik of Germany*, Application No. 1197/61, 5<sup>th</sup> March, 1962, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), 20.08.2019, sve odluke navedene u radu za koje nije navden poseban izvor preuzete su sa ovog sajta.

<sup>9</sup> Juan Carlos Landrove, *European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature*, str. 83, [http://landrove.ch/pdf/ECHR\\_2006\\_Landrove.pdf](http://landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove.pdf), 29.08.2019.

<sup>10</sup> Odluka Evropskog suda za ljudska prava, u daljem tekstu “EHCR”, u slučaju *Suovaniemi v. Finland*, Application No. 31737/96, 23rd February, 1999.

<sup>11</sup> J. C. Landrove, *nav. delo*, str. 84.

<sup>12</sup> Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Gradjansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 899.

<sup>13</sup> *Ibidem*, str. 895.

<sup>14</sup> *Ibidem*, str. 854, 855.

<sup>15</sup> *Ibidem*, str. 855.

<sup>16</sup> *Lithgow et al. v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., 8<sup>th</sup> July 1986, par. 72, 73.

<sup>17</sup> *X v. Federal Republic of Germany*, *nav. odluka*, par 94–96.

samovolje izvršne vlasti i da je ovlašćen na donošenje obavezujućih odluka.<sup>18</sup> EHCR smatra da je arbitražni tribunal “*established by law*” kada je osnovan na osnovu akta koji donosi parlament.<sup>19</sup> U slučaju *Regent Company v. Ukraine*,<sup>20</sup> odbijeni su argumenti Ukrajine da je arbitražni tribunal osnovan ugovorom o arbitraži zaključenim između stranaka, odnosno potvrđen stav da je osnovan zakonom. Arbitražna odluka je ekvivalentna sudskoj u pogledu mogućnosti prinudnog izvršenja, a arbitražni tribunal je oblik vršenja pravosuđa kojim se privatno upravlja i koji je u mnogobrojnim segmentima nezavisan od države i njenih organa, ali koji može vršiti svoju funkciju samo uz dva uslova – da je unapred predviđen kao način rešavanja arbitrabilnih sporova važećim pravom i da se, kod dobrovoljnih arbitraža, zaključi punovažan arbitražni sporazum. Nesporno je, dakle da je već od 1983. god. Evropska komisija prihvatila stav o aplikabilnosti čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za prinudne arbitraže (*compulsory arbitration*),<sup>21</sup> kao i praksa EHCR, ali je sporna primena u slučaju dobrovoljnih arbitraža. Stav Evropskog suda pravde da se pred njim ne može od strane dobrovoljne arbitraže postaviti prethodno pitanje<sup>22</sup> vodio bi zaključku da primena nije prihvatljiva.

Čini se nespornim da se i u arbitražnom postupku kao i odlukom koja mu sledi može povrediti pravo na pravično suđenje, pa makar i samo u nekim segmentima referentnog čl. 6 st. 1 Evropske konvencije, ali način na koji se postiže zaštita u slučaju povrede zahteva širu analizu.

#### TEORIJSKI ASPEKT ZAŠTITE PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Najšira rasprava o mogućnosti neposredne ustavnosudske zaštite kada su arbitražnom odlukom povređena osnovna ljudska prava i slobode vođena je u Hrvatskoj među vrsnim ex-jugoslovenskim teoretičarima građanskog procesnog

---

<sup>18</sup> V. u: Dovydas Vithauskas, Grigory Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strasbourg, 2012, <https://rm.coe.int/16806f1612>, str. 41, kao i odluke u slučajevima: *H v. Belgium*, par. 50; *Lavents v. Latvia*, par. 114–121; *Ettl v. Austria*, par. 36–41; *Sramek v. Austria*, par. 36–42, koje autori navode.

<sup>19</sup> D. Vithauskas, G. Dikov, nav. delo, str. 41, 42.

<sup>20</sup> *Regent Company v. Ukraine*, Application No. 773/03, odluka od 03.04.2008, par. 54.

<sup>21</sup> *Bramelid and Malmström v. Sweden*, Applications No. 8588/79 and 8589/79, odluka od 12.12.1983.

<sup>22</sup> V. Jelena Vukadinović Marković, “Položaj arbitražnog tribunala u pravnom sistemu EU”, *Strani pravni život*, God. 62, Br 2(2018), 49–63, kao i slučajeve iz prakse Evropskog suda pravde koje autorka navodi.

prava. Povod su bile konkretne odluke Ustavnog suda Hrvatske,<sup>23</sup> a argumentacija je dopuštala zaključak da se odluka arbitraže može smatrati odlukom tela koje ima javna ovlašćenja, što je ustavni uslov da bi protiv nje bila podnesena ustavna tužba.<sup>24</sup> Ovo proističe iz okolnosti da odluka arbitraže ima dejstvo pravno-snažne presude redovnog suda pa stoga arbitraže imaju, na osnovu zakona, javno ovlašćenje da reše spor odlukom koja ima dejstvo izjednačeno sa dejstvom “akta javne vlasti”, odnosno pravnosnažnom sudskom presudom.<sup>25</sup> Usvajajući ovakav stav prof. Mihajlo Dika<sup>26</sup>, ipak, zaključuje da u pravnom sistemu Hrvatske postoji nužni pravni put zbog povrede ustavnih prava odlukom arbitraže – tužba za poništaj arbitražne odluke. Tadašnji hrvatski Zakon o parničnom postupku, koji je regulisao ovu materiju, predviđao je da se ova tužba može podneti, između ostalog, i ako je odluka arbitraže “u suprotnosti sa ustavom RH i utvrđenim osnovama društvenog uređenje (čl. 485 st. 7 ZPP)”, iz čega se zaključuje da se tužba za poništaj može podneti i zato što bi njome bilo povređeno bilo koje od Ustavom utvrđenih sloboda i prava, odnosno iz razloga koji se odnose i na podnošenje ustavne tužbe. Iz ovakvih argumenata prof. Dika izvodi zaključak da ustavna tužba ne bi bila dopuštena kao neposredno pravno sredstvo protiv arbitražne odluke, već samo posredno – kao pravno sredstvo protiv presude državnog suda donesene povodom tužbe za poništaj arbitražne odluke, pa bi ustavne tužbe kojima se neposredno pobijaju arbitražne odluke bile nedopuštene, odnosno morale bi se odbaciti.

Pridružujući se ovoj diskusiji, prof. Alan Uzelac<sup>27</sup> polazi od konstatacije da je svaka odluka koja vređa ustavom garantovana prava i slobode nesporno u suprotnosti sa javnim poretkom, a nesaglasnost sa javnim poretkom je razlog za poništaj arbitražne odluke. U vreme ove rasprave u Hrvatskoj je ZPP, inače, izriči-

<sup>23</sup> Odluke po ustavnoj tužbi U 410/95 i U 488/96, u kojima podnosioci tvrde da su arbitražnom odlukom povređena njihova ustavna prava. Odluke navodi Siniša Triva u svom radu “Ustavna tužba radi ukidanja arbitražnog pravorijeka”, *Pravo u gospodarstvu*, br. 2/2000, uz detaljnu raspravu sa konsultativnog sastanka u Ustavnom sudu Hrvatske o pravu na neposredno podnošenje ustavne tužbe protiv odluke arbitraže, bez prethodno iskorišćenog dopuštenog pravnog sredstva – tužbe za poništaj arbitražnog “pravorijeka.” Jedan od povoda raspravi u Ustavnom sudu bilo je izdvojeno mišljenje sudije ustavnog suda H. Momčinića koji smatra da je ovakva ustavna tužba dopuštena.

<sup>24</sup> U pravu Hrvatske pravno sredstvo je ustavna tužba, dok je kod nas to ustavna žalba iz čl. 170 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, i čl. 82–92 Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon.

<sup>25</sup> S. Triva, *nav. delo*, str. 212

<sup>26</sup> Argumente koje navodi prof. M. Dika, nalazimo u S. Triva, *nav. delo*, str. 211, 212

<sup>27</sup> Argumente koje navodi prof. Uzelac, nalazimo u S. Triva, *nav. delo*, str. 212–213.



to određivao da povredu javnog poretka čini, kako je već navedeno, “suprotnost sa Ustavom i utvrđenim osnovama društvenog uređenja.” Dalje se zaključuje da bi, ukoliko se dopusti neposredno, odnosno direktno pobijanje arbitražne odluke ustavnom tužbom, moglo doći do fenomena protivnog načelu *ne bis in idem* time što podnosilac ustavne tužbe nije prekludiran u pravu da iz istih razloga podnese tužbu za poništaj te iste arbitražne odluke, a posle odluke Ustavnog suda po ustavnoj tužbi koja je vremenski pre tužbe za poništaj podnesena mogla bi se podneti nova ustavna tužba protiv odluke Vrhovnog suda donesene protiv drugostepene odluke redovnog suda o tužbi za poništaj. Prihvatanje pro-arbitražne politike u Hrvatskoj uopšte, a time i spremnosti da se usvoje osnovne odredbe UNCITRAL-ovog Model zakona protivi se usvajanju još jednog, novog pravnog sredstva za pobijanje arbitražne odluke što bi bila neposredna, direktna ustavna tužba.<sup>28</sup>

Prof. Siniša Triva<sup>29</sup> takođe prihvata stav da se odluka arbitraže može kvalifikovati kao akt tela koje ima javno ovlašćenje da sudi, ali ne i kao akt tela sudske vlasti, što je stav koji je istican u hrvatskoj pravnoj teoriji.<sup>30</sup> U prilog ovome iznosi da u to vreme postojeći Stalni izabrani sud pri Privrednoj komori Hrvatske nije telo osnovano zakonom već ga je osnovalo nadležno nedržavno telo – Privredna komora Hrvatske, svojim Pravilnikom o Izbranom sudu pri PKH, a da Zakon o Privrednoj komori Hrvatske<sup>31</sup> samo konstatuje postojanje ovog tela, te da, stoga, osnivač nije država. Za prof. Trivu arbitri nisu javni funkcioneri, kao što to jesu sudije koje sudeći vrše prerogative suverene javne vlasti. Arbitar ima ograničenu misiju koja proističe iz arbitražnog ugovora, nije, dakle, permanentni organ pravosuđa, a arbitraža je nedržavni sud koji biraju stranke i koji im, dakle, nije nametnut (dobrovoljne arbitraže). Izjednačavanje sudske presude i arbitražne odluke u dejstvu pravnosnažnosti samo je izraz prihvatanja jedne od varijanti procesnopravne teorije o pravnoj prirodi arbitraže. Iz ovakve argumentacije

---

<sup>28</sup> S. Triva, *nav. delo*, str. 213. Kritikovana je, takođe, praksa Ustavnog suda Hrvatske koji nedopustivo široko tumači odredbu (tada važećeg) Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Reč je o Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 13/91, [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1991\\_03\\_13\\_366.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1991_03_13_366.html), 01.09.2019., čl. 28, koja glasi da “svako” ima pravo podnošenja ustavne tužbe pod određenim uslovima pa je Ustavni sud pod taj pojam uvrstio, pored fizičkih, i pravna lica, što je klasično proširenje nadležnosti Ustavnog suda izvan osnovnih funkcija i pretvaranje ovog suda u sud četvrte instance.

<sup>29</sup> *Ibidem*, str. 221.

<sup>30</sup> Hrvoje Momčinović, “Odluka arbitraže i ustavna tužba”, *Pravo u gospodarstvu*, br. 1–2/1995, str. 75–90.

<sup>31</sup> Zakon o Hrvatskoj gospodarstvenoj komori, *Narodne novine*, br. 66/91 i 73/91, <https://www.zakon.hr/z/776/Zakon-o-Hrvatskoj-gospodarskoj-komori>, 02.09.2019.

prof. Triva zaključuje, kako je već rečeno, da arbitražna odluka jeste akt tela koje ima javna ovlašćenja te da bi se po tom osnovu protiv ove odluke mogla podneti ustavna žalba. No, polazeći od okolnosti da se u većini država, pa i u Hrvatskoj, ostavlja mogućnost pobijanja odluke arbitraže pred arbitražom višeg stepena,<sup>32</sup> ali i da to nije praksa, kao osnovno pravno sredstvo za njeno pobijanje predviđa se tužba za poništaj arbitražne odluke. Ona se pravno kvalifikuje kao specifičan vanredni pravni lek koji isključuje sve druge vanredne pravne lekove protiv pravno snažne arbitražne odluke, a njena specifičnost ogleda se i u njenoj restriktivnosti (u smislu rokova za podnošenje i razloga zbog kojih se poništaj može tražiti), sve u cilju ojačavanja podrške koju savremeni pravni poreci pružaju arbitražnom rešavanju sporova.<sup>33</sup>

Od posebnog je značaja stav prof. Trive da se, bez obzira na opšteprihvaćenu zabranu da sud po tužbi za poništaj preispituje pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja i pravilne primene materijalnog prava od strane arbitraže, preko jednog od tada postojećih uslova za poništaj, a reč je o ispitivanju suprotnosti arbitražne odluke sa Ustavom RH i utvrđenim osnovama društvenog uređenja zapravo ova tužba približava reviziji,<sup>34</sup> čije nepodnošenje predstavlja smetnju za podnošenje ustavne tužbe. Autor ovaj razlog poništaja dovodi u direktnu vezu sa standardom "slobode i prava čoveka i građanina" čija povreda je razlog podnošenja ustavne tužbe. I niz drugih razloga zbog kojih se može zahtevati poništaj arbitražne odluke, a koja se tiču izuzeća, načela kontradiktornosti, kao i sposobnosti stranaka i primene pravila o procesnom zastupanju, istovetni su kod revizije i predloga za ponavljanje postupka, a oba pravna sredstva mogu se koristiti i u istom sporu, čak i istovremeno. Stroga nije dobro tužbu upodobljivati predlogu za ponavljanje postupka, kako to neki autori čine,<sup>35</sup> izvlačeći iz takvog stava dalji zaključak da kako predlog za ponavljanje postupka nije uslov da bi se iscrpla sva dopuštena pravna sredstva pre podnošenja ustavne tužbe, ustavna tužba može direktno da se podnese protiv arbitražne odluke.

I neki drugi autori priklanjaju se shvatanji da se ne može direktno podneti ustavna tužba protiv arbitražne odluke, dakle preskačući tužbu za njen poništaj

<sup>32</sup> Čl. 31 ZA RH.

<sup>33</sup> S.Triva, *nav. delo*, str. 227.

<sup>34</sup> Za razliku od, po prof. Trivi, neprihvatljivog stava H. Momčinovića da se, po analogiji, tužba za poništaj približava predlogu za ponavljanje postupka, pa se u skladu sa praksom Ustavnog suda Hrvatske o neširenju pojma "iscrpljenog pravnog puta" na podnošenje drugih vanrednih pravnih sredstava, osim revizije, izvodi zaključak da podnošenje tužbe za poništaj nije uslov za ustavnu tužbu protiv arbitražne odluke, S. Triva, *nav. delo*, str. 85, 86.

<sup>35</sup> H. Momčinović, *nav. delo*, str. 75–90.

kao nužan prethodni korak ka iscrpljivanju pravnih sredstava, ponavljajući da arbitražna odluka ne može biti shvaćena kao “odluka sudske vlasti, upravne vlasti ili drugih tela koja imaju javna ovlašćenja” sobzirom na privatnopravi karakter arbitražnog sudivanja, te i ne ispunjava osnovni uslov iz hrvatskog Ustava da se protiv nje može podneti ustavna tužba.<sup>36</sup>

Navedene analize imaju veliki teorijski značaj za odgovor na pitanje da li je protiv arbitražne odluke dopuštena direktno, dakle, bez prethodnog postupka po tužbi za poništaj, ustavna tužba, odnosno u pravnom sistemu Srbije – ustavna žalba. Rasprava se kretala, svakako, u granicama tada važećih Ustava, Ustavnog zakona o Ustavnom sudu i Zakona o parničnom postupku Hrvatske kojim je bio regulisan postupak pred izbranim sudom i poništaj njegove odluke. Ipak, ni u uslovima savremene regulative u Hrvatskoj ona ne gubi značaj sobzirom da se u važećem Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu<sup>37</sup> takođe izričito predviđa da: “Ako je zbog povrede ustavnih prava dopušten drugi pravni put, ustavna tužba može se podneti tek nakon što je taj pravni put iscrpljen”, i: “U stvarima u kojima je dopušten upravni spor, odnosno revizija u parničnom ili izvanparničnom postupku, pravni put je iscrpljen nakon što je odlučeno i o tim pravnim sredstvima”. Ono što, međutim, nije istovetno, to su razlozi za poništaj arbitražne odluke iz Zakona o parničnom postupku, koji je u vreme ove rasprave važio, i sadašnjih odredaba ZA RH, koji reguliše ovu materiju. Pri tome, pre svega, treba pomenuti izmenu odredbe koja je govorila o razlogu suprotnosti sa Ustavom RH i utvrđenim osnovama društvenog uređenja koja je zamenjena razlogom suprotnosti sa javnim poretkom Republike Hrvatske.

U teoriji se ova izmena tumači u smislu da je ZA RH, unosenjem uslova vezanog uz suprotnost sa domaćim javnim poretkom, prihvatio uže tumačenje ovog pojma koji obuhvata samo ispitivanje suprotnosti sa osnovnim načelima domaćeg prava, odnosno “temeljnim pravilima pravnog sustava bez kojih bi taj sustav, uključujući i pravila morala, izgubio svoj identitet”.<sup>38</sup> Slično se o pojmu javnog pore-

---

<sup>36</sup> Miljenko Appio Giunio, “Mogućnost napadanja arbitražne odluke”, *Zbornik PFZ*, 2006, 56 (2–3), str. 786, 787.

<sup>37</sup> Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 99/99, 29/02, 49/02, čl. 62, <https://www.zakon.hr/z/137/Ustavni-zakon-o-Ustavnom-sudu-Republike-Hrvatske>, 03.09.2019.

<sup>38</sup> Stjepan Lović, “Suprotnost javnom poretku kao razlog za poništaj pravorijeka”, [https://bib.irb.hr/datoteka/911614.SUPROTNOST\\_JAVNOM\\_PORETKU\\_KAO\\_RAZLOG\\_ZA\\_PONITAJ\\_PRAVORIJEKA.pdf](https://bib.irb.hr/datoteka/911614.SUPROTNOST_JAVNOM_PORETKU_KAO_RAZLOG_ZA_PONITAJ_PRAVORIJEKA.pdf), 05.09.2019.; Krešimir Sajko, “Javni poredak – zaštita osnovnih pravnih načela domaćeg prava”, *Pravo i porezi*, br. 1/03, 3; Hrvoje Sikirić, “Javni poredak kao razlog za poništaj pravorijeka”, *Pravo u gospodarstvu*, br. 6/08, 1078., a posebno iscrpno o javnom poretku piše prof. Slobodan Perović, “Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak”, *Zbornik PFZ*, 2006, 56, Posebni broj, str. 401–424.

tka zaključuje i u našoj pravnoj teoriji, odnosno da: “Postoji jedan pravni i moralni poredak koji izražava opšte potrebe određene pravno organizovane zajednice i koji, u krajnjem ishodu, služi i kao garantija upravo individualnoj volji i njenom ispoljavanju. Otuda, norme koje predstavljaju opšteusvojena pravila ponašanja do stepena njihove imperativnosti, ne mogu biti narušene voljom stranaka. Te norme izražavaju opšte i zajedničke interese, pa i interese samih stranaka u pitanju”.<sup>39</sup> Ali, imperativni propisi su samo jedan od vidova ispoljavanja ove ustanove, za koju se osnovano tvrdi da je reč o “kaučuk normi”, koja je i mnogo šire od toka – simbioza elemenata pravnog i društvenog poretka među kojima su i filozofski, etički, ekonomski, politički i, naravno, pravni elementi stoga što svi ovi principi koje prihvata društvena zajednica ulaze putem pravnih normi i moralnih imperativa koji su podobni promeni i adaptaciji shodno promenama u društvu.<sup>40</sup> Stoga, uzimajući u obzir sve elemente iskristalisane iz dugotrajne primene ove ustanove u praksi i teorije koje su pokušavale da je objasne “javni poredak je skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi (pravnih ili moralnih) koje stranke u svojim odnosima moraju poštovati”.<sup>41</sup>

Primena javnog poretka, bez obzira da li to čini sud u postupku poništaja ugovora ili kao uslov opstanka u pravnom životu akata nadležnih organa, pa i arbitražne odluke, mora zadovoljiti dva zahteva – da ne dopusti pravne efekte onih akata koji se protive određenim društvenim normama kojima se štiti opšti interes i koje su obuhvaćene pojmom javnog poretka i da ne sme biti instrument u rukama suda koji bi ga odveo “u pretorsku praksu” ili u neku vrstu proizvoljnosti koja bi značila atak na pravnu sigurnost.<sup>42</sup> Mada je ovaj stav izražen u analizi problema slobode uređenja obligacionih odnosa i javnog poretka, od nemerljivog je značaja, svakako, i kada je u pitanju određenje javnog poretka kao uslova za poništaj arbitražne odluke.<sup>43</sup> Tumačenje pojma javnog poretka od strane su-

<sup>39</sup> S. Perović, *nav. delo*, str. 27, 402.

<sup>40</sup> *Ibidem*, str. 412.

<sup>41</sup> *Ibidem*, str. 414.

<sup>42</sup> S. Perović, *nav. delo*, str. 418, 419.

<sup>43</sup> Živa diskusija vođena je i na terenu (ne)potrebnosti razlikovanja unutrašnjeg i međunarodnog javnog poretka, a s obzirom da se uslov javnog poretka pojavljuje i kod poništaja arbitražnih odluka i kod priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, o čemu obim rada ne dozvoljava da iznosimo stavove. Stoga navodimo samo stav Uvodnog obrazloženja Sekretarijata UNCITRAL-a uz Model zakon, iz 2006: “Postupanjem sa odlukama donesenim u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži na jednak način, nezavisno od toga gde su donesene, Model-zakon usvaja novu crtu razgraničenja “međunarodnih” od “nemeđunarodnih” odluka, umesto oslanjanja na tradicionalnu razliku između “stranih” i “domaćih” odluka. Ta nova linija temelji se na sadržinskoj, a ne na teritorijalnoj ra-

dova uslovljava, međutim, probleme, pa su i domaći sudovi u tom smislu nekonzistentni u stavovima.<sup>44</sup> Poništaj arbitražne odluke može se izdejtvoovati po tužbi pred redovnim sudom samo ukoliko je arbitražna odluka “domaća”, bez obzira da li je doneta u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži (čl. 57 st. 1,2 ZA). Stoga je bitno pomenuti i doktrinarno shvatanje javnog poretka “kao instituta kojim se štiti domaći pravni sistem od primene stranog prava protivno osnovnim pravnim načelima domaćeg prava, koja su u najvećoj meri sadržana u ustavima”, dalje, da ovaj uslov treba restriktivno tumačiti, a posebno da nije reč o skupu svih kogenitnih propisa domaćeg pravnog sistema.<sup>45</sup>

Ova, nešto šira, teorijska rasprava ima za svrhu da potvrdi stav da se i u arbitražnom postupku mogu povrediti osnovne ljudske slobode i prava, pa i procesna na šta upućuju i razlozi za poništaj arbitražne odluke, te da bi se, dakle, moglo govoriti o indirektnoj primeni prava na pravično suđenje i u ovom postupku. Istovremeno, zaključak bi bio i da postoje, makar i posredni, putevi kojima se obezbeđuje zaštita ovog prava i kada je arbitražni postupak, odnosno odluka koja mu sledi, u pitanju.

Derogirajući nadležnost nacionalnog suda i ugovarajući nadležnost arbitražnog tribunala stranke se svakako odriču prava na pristup državnom sudu, ali je osnovno pitanje da li se na taj način odriču i prava na fer, odnosno pravično suđenje, odnosno garantija koje ovaj pravni fenomen podrazumeva. Teško bi se mogli pretpostaviti razlozi koji bi naveli stranke na odricanje, posebno generalno, odnosno ostaje nejasno u ovoj solucija zašto bi stranke saglasno prihvatile da se o njihovoj pravnoj stvari vodi jedan nefer i nepravičan postupak kome bi sledila

---

zlici, koja je neprikladna s obzirom na ograničenu važnost mesta arbitraže u međunarodnim predmetima. Mesto arbitraže je vrlo često odabrano zbog pogodnosti stranaka, a spor može imati malu ili nikakvu vezu sa državom gde se obavlja arbitraža. Zaključno, priznanje i izvršenje “međunarodnih” odluka bile one “strane” ili “domaće” treba da bude uređeno istim odredbama. Isto obrazloženje nalazi se u t. 50. Uvodnog obrazloženja iz 1985. godine za Model Zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), 05.09.2019.

<sup>44</sup> Treba reći da su naši sudovi bili skloni širokom tumačenju uslova protivnosti odluke arbitražnog tribunala Ustavu i utvrđenim osnovama društvenog uređenja, odnosno stavu da sama činjenica da je ugovorom o kome se vodio arbitražni postupak povređena neka imperativna norma automatski vodi zaključku da je povređen javni poredak, ali i da je bilo odluka u kojima se sud ne poziva na povredu aktuelnog javnog poretka u momentu presuđenja već onog koji je bio na snazi u vreme zaključenja i ispunjenja spornog ugovora, Maja Stanivuković, “Poništaj arbitražne odluke u domaćoj sudskoj praksi”, *Arbitraža*, 2006, str.182; No, prepoznaje se tendencija užeg tumačenja pojma javnog poretka u savremenoj praksi sudova, krećući se prema stavu da mora biti reč o protivnosti normama koje štite osnovne vrednosti sistema, Presuda VSS, Prev. 226/99, od 6. decembra 2000, navedena sa komentarom u M. Stanivuković, *nav. delo*, str. 192–195.

<sup>45</sup> K. Sajko, *nav. delo*, str. 3; H. Sikirić, *nav. delo*, str. 1078.

odluka koja bi, uz nepoštovanje minimuma procesnih garantija bila svakako problematična. Ni okolnost da najčešće stranke koje ugovaraju nadležnost arbitražnog tribunala nisu ekonomski niti na drugi način ravnopravne nije dovoljna da opravda prihvatanje nepoštovanja minimuma garantija sprovođenja jedne fer arbitražne procedure. Naprotiv! Podsetimo još jednom da i nacionalne norme arbitražnog prava sadrže niz procesnih garantija fer suđenja, kao i međunarodne, čiju primenu sporazumom stranke prihvataju. Takođe, primena pravila o kontrolnoj funkciji državnih sudova u odnosu na arbitražni sporazum i odluku, posebno po tužbi za poništaj, ukazuje, prema razlozima koji mogu voditi poništaju i na povrede procesnih pravila i govori u prilog stavu da ni prihvatljivost odricanja strana od primene nekih od garantija fer suđenja pred arbitražnim tribunalom nije ni automatska, već je posledica sporazuma, ni potpuna.

#### PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE PRED ARBITRAŽNIM TRIBUNALOM U PRAVNOM SISTEMU SRBIJE

Nema dvojbe u pogledu odgovora na pitanje da li se na osnovu odluke državnog suda donesene u postupku po tužbi za poništaj odluke arbitražnog tribunala može, uz ispunjenje uslova da su iskorišćena pravna sredstva koja predviđa nacionalni pravni sistem, podneti ustavna žalba. Ali, ovde je reč o ispitivanju sudske, a ne arbitražne odluke. Ili, u ovakvom ustavnosudskom postupku arbitražna odluka bila bi samo "kompleksna činjenica", a ne sudska odluka koju bi Ustavni sud mogao ocenjivati i eventualno ukinuti.<sup>46</sup>

Prema stanju naše nacionalne regulative, a polazeći svakako od ustavnih odredaba, ustavna žalba je dopuštena "protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga prava sredstva za njihovu zaštitu" (čl. 170 ustava RS). Pravo na pravično suđenje, formulacijom koja praktično prihvata garantije fer suđenja iz čl. 6 Evropske konvencije reguliše odredba čl. 32 Ustava (posebno st. 1). Zakonom o Ustavnom sudu RS<sup>47</sup> regulisana su pravila posebnog postupka pred Ustavnim sudom po podnesenoj ustavnoj žalbi. Formulacija

<sup>46</sup> M. A. Giunio, *nav. delo*, str. 787, a Autor navodi i stav nemačke teorije o nemogućnosti podnošenja ustavne tužbe protiv arbitražne odluke, str. 788; U Sloveniji je takođe prihvaćen stav da arbitražna odluka ne može biti predmet ustavnosudskog postupka ocene po ustavnoj žalbi, Aleš Galič, "Ustavne procesne garantije u arbitražnom postupku", *Pravo u gospodarstvu*, 2/2000, str. 243–246.

<sup>47</sup> Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon, odredbe čl. 82–92.

čl. 82 o tome protiv kojih, odnosno čijih, pojedinačnih akata i radnji je dopuštena ustavna žalba, a koja je, naravno, identična citiranoj odredbi čl. 170 Ustava ukazuje na neophodnost prihvatanja u radu navedenog stava da se dobrovoljna arbitraža, bez obzira na okolnost da je njeno osnivanje omogućio zakon, ne može tretirati kao državni organ. Takođe je neprihvatljivo, u okvirima našeg pravnog sistema, tretirati arbitražni tribunal kao organ kome je povereno vršenje javnih ovlašćenja, polazeći od okolnosti da se poveravanje odnosi na poslove "državne uprave", odnosno da je reč o poslovima koji karakterišu upravnu (izvršnu) vlast.<sup>48</sup> Dobrovoljne arbitraže imaju nadležnost sudovanja, prenetu od strane države, kao zakonsku mogućnost, ali su to, ipak, tela koja ovu funkciju vrše kada to ugovorne strane žele, a njihova nadležnost, sastav i organizacija uređuju se podzakonskim aktom.<sup>49</sup> Sve ovo govorilo bi u prilog stavu da se u našem pravnom sistemu ne može podneti, odnosno nije dopuštena, direktna ustavna žalba protiv odluke dobrovoljne arbitraže.

Uz izrečenu argumentaciju treba, ipak, pomenuti, da naš Zakon o Ustavnom sudu ne navodi specifične razloge za odbacivanje ustavne žalbe, već se shodno primenjuju odredba čl. 36 kojim je generalno regulisano odbacivanje podnesaka. U kontekstu ovog rada institut odbacivanja je od posebne važnosti, odnosno njime je otvoreno pitanje neposredne dopuštenosti ustavne žalbe protiv odluke arbitražnog tribunala.<sup>50</sup> Naime, razlozi nedopuštenosti kada su u pitanju odluke arbitražnog tribunala mogli bi se, suštinski, svesti na dva: nenadležnost Ustavnog suda s obzirom na pravnu kvalifikaciju odluke arbitražnog tribunala koja nije ni akt ni radnja državnog organa ni organizacije kojoj su poverena javna ovlašćenja ili to da nije iscrpljen dopušteni pravni put, odnosno nije prethodno podnesena tužba za poništaj odluke arbitražnog tribunala. Konsekvence, svakako, nisu, barem na terorijском planu identične. U drugoj soluciji odbacivanje implicira da bi Ustavni sud bio nadležan za ustavnosudsku kontrolu odluke arbitražnog tribunala.<sup>51</sup> Sledstveno ovakvom stavu, neuspešnost poništaja odluke arbitražnog tribunala, kada je dakle iskorišćen predviđeni pravni put, uslovlja bi da se potom može podneti ustavna žalba protiv "opstale" odluke arbitražnog tribunala, dakle one koja u postupku sudske kontrole nije poništena.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> V. čl. 4 Zakona o državnoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 i 30/2018 – dr. zakon.

<sup>49</sup> M.A. Giunio, *nav. delo*, str. 790.

<sup>50</sup> Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske odredbom čl. 72 izričito reguliše ovu materiju.

<sup>51</sup> M.A. Giunio, *nav. delo*, str.791.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 791.

Dalja značajna implikacija u ovoj soluciji jeste da bi ustavni sud, primenjujući svoja ovlašćenja, odnosno načine odlučivanja u postupku po ustavnoj žalbi, kada utvrdi povredu ustavnih prava mogao (i trebao) odlučivati u skladu sa odredbama čl. 89 Zakona o Ustavnom sudu, odnosno poništiti pojedinačni akt, što bi se u ovom slučaju odnosilo kako na odluku državnog suda kojom je odbijen zahtev tužbe za poništaj arbitražne odluke, tako i na samu arbitražnu odluku. U teoriji se, međutim, ovakav pristup ne prihvata uz argumenatciju da bi to značilo rešavanje u meritumu.<sup>53</sup> Odnosno, opravdano je zaključiti da bi razlog odbacivanja ustavne žalbe protiv odluke arbitražnog tribunala morala biti njegova nenadležnost sobzirom na pravnu prirodu ovog tribunala kada je dobrovoljan, sporazumni način rešavanja sporova.

#### RAZLOZI ZA PONIŠTAJ ODLUKE ARBITRAŽNOG TRIBUNALA I PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Prethodno izrečen zaključak o nenadležnosti ustavnog suda da po direktnoj ustavnoj žalbi odlučuje o povredi osnovnih sloboda i prava koja je učinjena odlukom dobrovoljne arbitraže otvara, kao suštinski, problem da li predviđeni razlozi za poništaj arbitražne odluke pružaju garantije da će se arbitražna odluka ispitati u meri koja je neophodna kako bi se ostvario minimum standarda fer suđenja iz primenjenih propisa ili onih određenih (pa i ograničenih) voljom stranaka. Naime, ako je u ustavnosudskom postupku za utvrđivanje povrede osnovnih prava i sloboda predmet ocene (dakle po ustavnoj žalbi) odluka redovnog suda donesena u sudskom postupku po tužbi za poništaj, a ne arbitražni postupak i odluka, onda se problem zaštita prava na pravično suđenje u arbitražnom postupku najneposrednije povezuje uz razloge za poništaj odluke arbitražnog tribunala.<sup>54</sup>

Pre nego što bi se izveo bilo kakav zaključak na temu zaštite osnovnih sloboda i prava u postupku po tužbi za poništaj arbitražne odluke treba podsetiti na već izrečenu mogućnost da se pri ugovaranju arbitraže stranke mogu odreći nekih od garantija prava na pravično suđenje. U našem pravnom sistemu ovakva mogućnost prepoznaje se u mogućnosti da se stranke arbitražnog postupka odre-

<sup>53</sup> *Ibidem*, 792.

<sup>54</sup> Pomenimo ovde i gubitak prava na prigovor iz čl. 43 ZA. u odnosu na koji je prihvaćen stav u teoriji, a koji sledi i iz normativnog pristupa našeg ZA, ali i *UNCITRAL* Model zakona, da se odnosi na gubitak prava samo u pogledu nepoštovanja neke od normi od kojih stranke inače mogu sporazumno odstupiti, dok se za one koje ne spadaju u domen dispozicije stranaka pravilo o gubitku prava na prigovor ne primenjuje, Vladimir Pavić, "Nove činjenice i dokazi u postupku sudske kontrole arbitražne odluke", *Zbornik PFZ*, 63. (3–4), 2013, str. 828.



knu prava na obrazloženje odluke.<sup>55</sup> Neodricanje znači da stranke uživaju ovu garantiju prava na pravično suđenje, koja se u teoriji shvata kao elemenat procesnog javnog poretka.<sup>56</sup> Takođe, na osnovu odredbe čl. 39 ZA, stranke se mogu odreći i prava na usmeno raspravljanje.

Nasuprot tome, bitna načela postupka iz čl. 33 Zakona o arbitraži, odnosno načelo procesne ravnopravnosti i načelo kontradiktornosti u postupku, čine minimum procesnih garantija svake arbitraže. Odricanje od njihove primene, upoređujući sa razlozima za poništaj arbitražne odluke, ukazuje da odricanje u odnosu na načelo kontradiktornosti nije moguće, ali bi se isti zaključak mogao izvesti, mada decidno iz razloga za poništaj ne sledi, i za primenu načela procesne ravnopravnosti stranaka, koje, takođe, čini deo procesnog javnog poretka. Naime, i arbitraža podrazumeva sporan postupak u kome je ovo jedna od osnovnih procesnih garantija fer suđenja. I *UNCITRAL* Model zakona, koji se često primenjuje u arbitražama,<sup>57</sup> predviđa, kako je pomenuto, jednako postupanje prema arbitražnim strankama i pružanje mogućnosti da iznesu svoje stavove, a u cilju da se onemogućiti neprihvatljivo i nerazumno postupanje arbitražnog tribunala.<sup>58</sup>

Prostor rada ne dopušta da se šire iskomentarišu svi razlozi za poništaj arbitražne odluke<sup>59</sup> u kontekstu odgovora na pitanje da li se u postupku poništaja za pravo ispituju oni razlozi koji bi omogućili podnošenje ustavne žalbe. Stoga samo upućujemo na uslove povezane uz minimum procesnih garantija fer arbitražnog postupanja, kakvo je uredno obaveštavanje o imenovanju arbitara, o arbitražnom postupku i onemogućavanje iz nekih drugih razloga da stranka koja je izgubila spor iznese svoje stavove, što upućuje na primenu principa procesne ravnopravnosti u vezi sa obezbeđenjem učešća stranaka u postupku, dakle obezbeđenja garantija kontradiktornosti procedure. Povredu specifičnih procesnih garantija predstavlja i okolnost da sastav arbitražnog suda ili sam postupak nisu bili u skladu sa sporazumom o arbitraži ili pravilima stalne arbitražne institucije, osim ako taj sporazum nije u suprotnosti sa nekom odredbom ZA od čije primene stranke ne mogu odstupiti (što direktno potvrđuje stav izražen i u ovom radu da se od ne-

---

<sup>55</sup> Npr., *UNCITRAL*, čl. 31 st. 1.

<sup>56</sup> Ljubica Tomić, "Poništaj arbitražne odluke zbog nedostatka obrazloženja", *Branič*, br.1-4/2016, str. 14.

<sup>57</sup> V. čl. 7 Pravilnika SA i čl. 17 st.1 Arbitražnih pravila Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (*UNCITRAL*) pred Stalnom arbitražom pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 2/2014 i 58/2016.

<sup>58</sup> *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on Model Law on International Commercial Arbitration*, str. 127, <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>, 20.09.2019.

<sup>59</sup> Čl. 58 ZA.

kih procesnih garantija stranke mogu odreći, ali ne od svih), ili, ako takvog sporazuma nema, da sastav arbitražnog suda ili sam postupak nisu bili u skladu sa zakonom o arbitraži. Već i ovi razlozi upućuju na okolnost da se od strane redovnog suda ispituju procesne garantije ili neophodan minimum ovih garantija fer suđenja u postupku po tužbi za poništaj.

Poseban komentar, prema našem sudu, zaslužuje razlog poništaja iz odredbe čl. 58 st. 1 t. 5, odnosno ako se "arbitražna odluka zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka ili se zasniva na falsifikovanoj ispravi ili je do odluke došlo usled krivičnog dela arbitra ili stranke", sve uz uslov da se "ovi razlozi dokažu pravnosnažnom presudom". Pre svega, ovde je reč o razlozima koji se u teoriji tumače kao "specifične novote"<sup>60</sup> i kada je reč o krivičnom delu arbitra mogla bi se uspostaviti veza sa (ne)pristrasnošću arbitražnog tribunala kao važnom procesnom garantijom. Napomenimo, mada pomalo izvan konteksta teme rada da je ovaj razlog problematičan u kontekstu zakonom određenog roka za podnošenje tužbe za poništaj koji iznosi tri meseca "od dana kada je tužilac primio arbitražnu odluku" (čl. 59 ZA). To bi, praktično, značilo da se iz navedenog razloga tužba može podneti isključivo ako u navedenom roku stranka stekne dokaz u vidu pravnosnažne presude kojom se utvrđuje lažni iskaz, svedočenje, falsifikovana isprava ili učinjeno krivično delo arbitra ili stranke. Ovako nešto svakakao je teško pretpostaviti, pa se time i mogućnost korišćenja ovog razloga dovodi u pitanje.

Razlog iz čl. 58 st. 2 t. 2 našeg Zakona o arbitraži, odnosno protivnost arbitražne odluke javnom poretku Republike Srbije uslovljava izvesne dileme. Pre svega, problem je sama pravna kvalifikacija javnog poretka, o čemu je bilo reči, uz zaključak iz referentnih teorijskih izvora da se ovaj pojam, odnosno "kaučuk norma" ne sme preširoko tumačiti.<sup>61</sup> Zatim, u teoriji je nesporno da primena javnog poretka implicira upravo primenu standarda "slobode i prava čoveka", a čija povreda uslovljava mogućnost zaštite po ustavnoj tužbi što je iskorišćeno i kao "krunski" argument u prilog stavu da se i po tužbi za poništaj arbitražne odluke ispituju garantije koje su predmet ispitivanja i po ustavnoj žalbi te da nema razloga za njeno "preskakanje ili mimoilaženje", odnosno direktnu ustavnu žalbu uz dodatni argument da je rok za njeno podnošenje izuzetno kratak što doprinosi pravnoj sigurnosti.<sup>62</sup> Ono što se još postavlja kao pitanje u vezi sa navedenim razloga jeste, međutim, sama formulacija iz odredbe čl. 58 st. 1 našeg ZA, odnosno da će "poništaj odluke sud izreći" usled razloga protivnosti javnom poretku (kao i near-

<sup>60</sup> S. Triva, *nav. delo*, str. 230.

<sup>61</sup> I generalno, pristup razlozima za poništaj odluke arbitražnog tribunala je da se uslovi u nacionalnim zakonodavstvima usko postavljaju i dodatno se usko tumače, V. Pavić, *nav. delo*, str. 822.

<sup>62</sup> S. Triva, *nav. delo*, str. 227–228, 231.

bitrabilnosti spora), što bi moglo biti protumačeno u smislu da sud u odnosu na ova dva razloga nema alternativu. Ipak, čini se da je reč samo o nastojanju zakonodavca da se ova dva razloga istaknu, odnosno izdvoje, kao oni o kojima se vodi računa po službenoj dužnosti, a obaveza utvrđivanja bilo kog zakonom predviđenog razloga za poništaj je na sudu u svakom slučaju, kao i alternativa – da se poništi ili ne poništi odluka arbitražnog tirbunala.

Okolnosti usled kojih se tužba za poništaj može podneti najdirektnije ukazuju na zaštitu niza garantija pravičnog suđenja. Stoga se, suštinski, s obzirom da su određene garantije pravičnog suđenja uspostavljene i za postupanje arbitražnog tirbunala, njihov minimum prepoznaje upravo kroz ove uslove. Dodatni argument vredan pažnje u ovakvom zaključivanju je okolnost da nije dopušteno odricanje od prava na tužbu za poništaj arbitražne odluke (čl. 62 ZA). Ovakav pristup potvrđuje i da je tužba za poništaj predviđeno pravno sredstvo protiv arbitražne odluke u našem pravnom sistemu, ali i da mora biti “iscrpljeno” (čl. 170 ustava RS) te da je kontrolna funkcija državnog suda u odnosu na arbitražnu odluku nužna prethodnica ustavnoj žalbi koja se, zatim, svakako može koristiti uz ispunjenje uslova koje naš pravni sistem predviđa, ali protiv odluke redovnih sudova pred kojima je, takođe, iskorišćeno dopušteno pravno sredstvo.

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,  
Full Professor, Faculty of Law,  
University of Kragujevac

## VIOLATION OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND ARBITRATION PROCEEDING

### Summary

In this paper usage of fair trial standard is analyzed in the proceeding before voluntary (consensual) arbitration tribunal. The fact that this arbitration tribunal is a “non-state court”, as well as the fact that it is right of the parties to consensually determine the procedural rules for conducting arbitration proceedings, which also includes the possibility of waiving the application of certain guarantees of a fair trial proscribed with Article 6 paragraph 1 of the European Convention on Human Rights, implies a number of specificities in the application of the standard of fair trial in the proceeding before voluntary arbitration. However, relevant international and national sources of arbitration law imply the need that the minimum guarantees of a fair trial should be respected. Considering that the title for filing of the constitutional appeal on the national level is violation of the fundamental freedoms and rights of legal entities, which also implies a violation of procedural rights, the paper points out, at a theoretical level, to the (in)possibility of direct filing (inadmis-

sibility) of a constitutional complaint against arbitral award. Basically, considering that the right to file a claim for rescission of an arbitral award is one of the rights that cannot be waived by the arbitral parties, the conclusion about the minimum procedural guarantees for fair trial comes down to an analysis of the conditions for filing of this claim, among which a number of such guarantees are recognized. Therefore, this claim, as a specific legal remedy, is a permissible and necessary legal way for protection against breach of the guarantees of fair arbitration proceeding.

*Key words:* arbitration, fair trial, constitutional appeal, claim for rescission

MARIJA KRVAVAC

## UGOVOR O VAZDUŠNOM PREVOZU PUTNIKA I STVARI U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

*Vazdušni saobraćaj je po svojim karakteristikama prevashodno međunarodnog karaktera, što zahteva koordinaciju delatnosti odgovarajućih međunarodnih organizacija. Za jedinstveno uređenje evropskog vazdušnog saobraćaja značajna je uloga evropskih organizacija vazduhoplovnog prava. Odvijanje vazdušnog prevoza i pružanje vazduhoplovnih usluga između država podleže pravilima multilateralnih i bilateralnih međunarodnih dokumenata. Specifičan razvoj međunarodnog vazduhoplovnog pravnog okvira uz poštovanje načela suverenosti država nad svojim vazdušnim prostorom uslovljen je istorijsko-političkim okolnostima. Uporedo sa tim, razvoj kolizionog prava u materiji vazdušnog saobraćaja odvija se u uslovima snažne institucionalizacije i državne regulative. Relevantne konvencije u ovoj materiji sadrže pored materijalno-pravnih pravila i neka koliziona rešenja koja se aktiviraju u nedostatku unifikovanih pravila kada se nameće problem sukoba zakona.*

*Ključne reči: ugovor, vazdušni saobraćaj, koliziono pravilo*

### U V O D

Ugovorom o vazdušnom prevozu obavezuje se vazdušni prevoznik da obavi ugovoreni prevoz od mesta polaska do mesta opredeljenja u ugovoreno vreme, dok se druga ugovorna strana – naručilac prevoza, odnosno putnik, obavezuje da za obavljeni prevoz plati ugovorenu ili odgovarajuću prevozninu. Prevoznik

---

Dr Marija Kravac, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

je lice koje na osnovu ugovora o prevozu obavlja prevoz putnika i stvari, a kao korisnik se može javiti naručilac prevoza; pošiljalac koji predaje stvar na prevoz na osnovu ugovora o prevozu; primalac, odnosno lice koje je ovlašćeno da primi robu, i imalac prava koji na osnovu ugovora o prevozu može da prema prevoziocu istakne zahtev. Poslovna praksa razlikuje međunarodni od unutrašnjeg vazdušnog prevoza, tako da međunarodni prevoz karakteriše poseban međunarodni režim vazdušnog saobraćaja, posebna državna kontrola i carinski propisi. Ugovori o vazdušnom prevozu stvari, putnika i prtljaga; ugovori o obavljanju drugih komercijalnih delatnosti u vazdušnom saobraćaju; ugovori o zakupu vazduhoplova; ugovori o osiguranju u vazdušnom saobraćaju, kao i slučajevi koji nastaju u slučaju štete koju vazduhoplov u letu pričinu trećim licima i stvarima na zemlji u domaćem pravu uređuje Zakon o obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju (u daljem tekstu ZOSOVS)<sup>1</sup>.

Efikasan prevoz robe i putnika ima poseban značaj za razvoj međunarodne trgovine<sup>2</sup>. Uprkos tome što je sloboda ugovaranja značajno ograničena u poslovima međunarodnog vazdušnog prevoza broj međunarodnih ugovora nije zanemarljiv. Ovo imajući u vidu da ugovorne strane mogu da se sporazumeju samo u skladu sa odredbama domaćih propisa i međunarodnih sporazuma. Upravo sa unifikacijom materijalnopravne regulative prometa robe i usluga čine se napori i na unifikaciji kolizionih normi. Konvencijske odredbe u materiji međunarodnog prevoza imaju karakter specijalnog zakona koji može biti zaobiđen samo posebnim ugovornim odredbama ili drugačijom izjavom volje stranaka. Do sukoba zakona dolazi u onom delu koji nije voljom stranaka materijalnopravnog karaktera zaobiđen ili ako je izabrano merodavno pravo zemlje koja nije ratifikovala konvencije u oblasti međunarodnog vazdušnog saobraćaja.

#### KONVENCIJSKI OKVIR UGOVORA O VAZDUŠNOM PREVOZU PUTNIKA I STVARI

Proces unifikacije u materiji vazdušnog saobraćaja povezuje se sa radom međunarodnih organizacija, posebno onih koje su osnovane sa ciljem unapređenja i izjednačavanja vazduhoplovnog prava<sup>3</sup>. Međunarodni vazdušni prevoz obu-

<sup>1</sup> Zakon o obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br. 87/11.

<sup>2</sup> Jelena Perović, Detaljnije o ugovorima o prevozu, *Međunarodno privredno pravo*, Ekonomski fakultet, Beograd, 9. izd, 2015.

<sup>3</sup> Miodrag Trajković, *Međunarodno vazduhoplovno pravo*, Pravni fakultet, Beograd i JAT, Beograd, 1999.

hvata prevoz vazduhoplovom kod koga se prema ugovoru o prevozu, mesto polaska i mesto opredeljenja nalaze na teritorijama dveju država.<sup>4</sup> Ugovor o prevozu vazdušnim putem može se odnositi na prevoz robe, putnika i prtljaga, na jedan ili više prevoza, na prevoz na određeno vreme, na ceo kapacitet vazduhoplova, na određenu količinu stvari ili na pojedine stvari. Većina multilateralnih konvencija samo u minimalnoj meri uređuju kolizionu ugovornu materiju, mada u oblasti međunarodnog transporta postoje značajna koliziona rešenja.

Nagli razvoj vazduhoplovstva između dva Svetska rata stvorio je potrebu za unifikacijom različitih pravnih režima odgovornosti prevozioca. Na drugoj Međunarodnoj konferenciji o privatnom vazduhoplovnom pravu u Varšavi 1929. godine usvojena je Konvencija za izjednačavanje nekih pravila za međunarodni prevoz vazdušnim putem, koju je ratifikovala nekadašnja Kraljevina Jugoslavija kao i bivša SFRJ.<sup>5</sup> Konvencija se primenjuje na međunarodni saobraćaj robe, putnika i prtljaga vazdušnim putem uz naknadu ili po osnovu zakupa, kao i na besplatan vazdušni prevoz. U pogledu odgovornosti vazdušnog prevozioca Konvencija uvodi princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti na temelju pretpostavljene krivice za štetu koja nastane prevozom putnika, prtljaga i stvari. Naime, konvencija predviđa da prevoznik nije odgovoran ako dokaže da su svi njegovi službenici preduzeli sve mere koje su bile potrebne da se šteta izbegne ili ako dokaže da je bilo nemoguće preduzeti te mere.<sup>6</sup>

Za temu ovog rada značajno je da Konvencija sadrži koliziono rešenje za procenu grešaka usled koje je nastupila šteta tako što upućuje na primenu prava zemlje suda-*lex fori*. Tokom primene Konvencije izraženo je nezadovoljstvo od strane zemalja sa jakom vazdušnom flotom (prvenstveno SAD-a) zbog niskih limita odgovornosti vazdušnog prevoznika za telesnu povredu i smrt putnika,<sup>7</sup> što je dovelo do usvajanja Protokola o izmeni Konvencije za izjednačavanje nekih pravila za međunarodni prevoz vazdušnim putem u Hagu 1955<sup>8</sup> (eng. *Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Signed at Warsaw*). Haškim protokolom nije došlo do izme-

---

<sup>4</sup> Mirko Vasiljević, *Poslovno pravo*, PF Beograd, 1999, str. 570.

<sup>5</sup> Varšavska konvencija, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br.124-XXXVII od 05. juna 1931; *Službeni list SFRJ*, br. 6/59.

<sup>6</sup> Varšavska konvencija, čl. 20. st. 1; O stranoj sudskoj praksi, Zoran Radović, Položaj putnika u međunarodnom vazdušnom prevozu, *Tokovi osiguranja – Časopis za teoriju i praksu osiguranja*, Dunav osiguranje, Beograd, br. 2/2016, str. 90.

<sup>7</sup> Nikoleta Radionov, Tomislav Novičić, Aktuelnosti u sustavu odgovornosti zračnog prijevoznika – stari interesi i nova rešenja, *Zbornik radova PF u Splitu* 39, 2002, str. 6.

<sup>8</sup> Haški protokol, *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 5/59.

ne principa pretpostavljene subjektivne odgovornosti prevozioca, ali je pooštrena ukidanjem izvesnih razloga za oslobađanje od odgovornosti, kao što su štete nastale navigacijom, pilotiranjem i vođenjem aviona.<sup>9</sup> Osim toga, Protokolom je predviđeno da prtljag koji je predat ovlašćenom službeniku bez protesta, postaje odgovornost aviokompanije. Limit odgovornosti za štetu na robi je ostao isti, tako da se može reći da Haški protokol nije uneo radikalne izmene pravila Varšavske konvencije.

U međunarodnoj regulativi civilnog vazduhoplovstva poseban značaj ima Čikaška konvencije o međunarodnoj civilnoj avijaciji iz 1944. godine, kojom je ustanovljeno takozvanih "pet sloboda" u aviosaobraćaju.<sup>10</sup> Konvencija garantuje ekskluzivni suverenitet neba iznad sopstvene teritorije u okviru kojeg zemlje članice imaju pravo na kontrolu letilica bez prava na neopravdano zadržavanje. Takođe, Konvencijom je uveden bescarinski režim na nebu iznad državne teritorije.

Drugom revizijom Varšavske konvencije koja je učinjena Gvadalaharskom konvencijom iz 1961., izmenjen je status ugovornog i faktičkog prevozioca u pravcu ujednačavanja njihovog položaja i pružanja veće pravne zaštite korisnicima vazdušnog prevoza.<sup>11</sup>

Montrealski sporazum putničkih avio prevoznika članova IATA (eng. *International Air Transport Association*), koji vrše prevoz u ili preko SAD-a, ne predstavlja formalnu reviziju Varšavske konvencije, za razliku od Montrealskih protokola 1, 2, 3 i 4 iz 1975.<sup>12</sup> koji imaju status samostalnog međunarodnog ugovora. Treća revizija Varšavske konvencije izvršena je protokolom 4 tako što je predviđena objektivna odgovornost vazdušnog prevozioca za štete na robi. Izmenjena je i odredba koja se odnosi na slučajeve kada prevoznik odgovara neograničeno te je predviđena granica gubitka prava na ograničenje do tzv. *dolus eventualis*-a.<sup>13</sup>

Nova Konvencija o izjednačavanju određenih pravila u međunarodnom vazdušnom prevozu 1999. ( stupila na snagu 2003) zamenjuje sistem Varšavske konvencije sa protokolima.<sup>14</sup> Brzo stupanje na snagu i njenu primenu omo-

<sup>9</sup> Dušanka Đurđev, Pravna priroda odgovornosti prevozioca, *Zbornik PF u Novom Sadu*, 1-2/2008, str. 286.

<sup>10</sup> Čikaška konvencija, *Službeni list FNRJ*, br. 3/54.

<sup>11</sup> Gvadalaharska konvencija, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 3/78.

<sup>12</sup> Dopunski protokoli o izmeni Konvencije za izjednačavanje nekih pravila koja se odnose na međunarodni vazdušni saobraćaj (Montreal 1975.), *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 1/78; Bliže, Velimir Filipović, *Odgovornost zračnog prevoznika*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2000, str. 14.

<sup>13</sup> Čl. IV Montrealskog protokola 4. kojim se menja čl. 18 Varšavske konvencije, Bliže, Marko Baretić, *Odgovornost zračnog prevoznika za štetu koju pretrpi putnik u domaćem i međunarodnom prometu*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 5 Zagreb, 2000, str. 110-111.

<sup>14</sup> Zakon o potvrđivanju Konvencije, *Službeni glasnik RS*, br. 38/09.



gućio je Sporazum udruženja vazdušnih prevoznika (IATA) iz Kuala Lumpura iz 1995.<sup>15</sup> koji je zaključen sa ciljem preciznog definisanja prava i obaveza vazdušnog prevoznika poštujući prava putnika, kao i Uredbe EU o odgovornosti vazdušnog prevozioca u slučaju nezgoda iz 1997<sup>16</sup> čija su rešenja uključena u tekst Montrealske konvencije. Kasnije izmene Uredbe (EU) br. 785/2004 o osiguranju avio-prevozioca i operatera takođe usvajaju rešenja Montrealske konvencije.

Zemlje ugovornice i EC saglasile su se da su ciljevi konvencije modernizacija i ujedinjavanje Varšavske konvencije i njenih izmena i dopuna; osiguravanje zaštite interesa korisnika vazdušnog prevoza; potreba pravične nadoknade štete na načelima osigurane naknade; postizanje pravične ravnoteže interesa svih učesnika vazdušnog saobraćaja.<sup>17</sup> Shodno konvenciji, pošiljalac je dužan da avio prevoziocu preda robu na prevoz u odgovarajućem stanju, a avio prevoznik je dužan da skrene pažnju pošiljaocu na nedostatke pakovanja koji se mogu opaziti. Osim toga, avio-prevoznik je dužan da robu preveze vazdušnim putem koji je ugovoren i u ugovorenom roku. Ukoliko nije ugovoreno, prevoznik je dužan da prevoz vrši uobičajenim putem i koji najviše odgovara interesima pošiljaoca. Kada je izvršenje naloga pošiljaoca nemoguće avio prevoznik mora o tome obavesti, kao i da bez odlaganja obavesti primaoca o prispeću robe. Za robu koja se prevozi izdaje se vazduhoplovni tovarni list koji je *prima facie* dokaz o zaključenju ugovora, prihvatanju robe i uslovima navedenim u njima. Avio-prevoznik je odgovoran za štetu nastalu u slučaju uništenja, gubitka ili oštećenja robe ukoliko je događaj koji je izazvao štetu nastupio u toku prevoza vazdušnim putem.

Montrealska konvencija uvodi objektivnu odgovornost i za prevoz stvari i za prevoz putnika, dok je subjektivna odgovornost zadržana samo kod odgovornosti za štete od zakašnjenja kod prevoza putnika, prtljaga i tereta<sup>18</sup>. Granice od-

---

<sup>15</sup> Lorne S. Clark, The 1996 IATA Intercarrier Agreement on Measures to Implement the New Passenger Liability Regime, *ZLW* 45, br. 4, 1996, str. 353.

<sup>16</sup> Uredba EU br. 2027/97 od 9. oktobra 1997; OJ L 285/17.10. 1997. Dostupno na: <http://data.europa.eu/eli/reg/1997/2027/oj> ( pristup, 11.09.2019)

<sup>17</sup> Dostupno na : [www.icao.int/icao/en/leb/mtl99.htm](http://www.icao.int/icao/en/leb/mtl99.htm). ( pristup, 12.09.2019)

<sup>18</sup> Odredbe Glave III Montrealske konvencije; Do usvajanja konvencije prevoznik nije odgovarao na osnovu objektivne odgovornosti tako da je postojala samo za štetu prouzrokovanu vazduhoplovom na imovini. Bliže, Michael E.R Kerr & Anthony H.M Evans, Lord MacNair, *The Law of the Air*, London, 1964; Presudom Suda pravde EU *Corina van er Lans v Koninkvie C-257/14 CJEU* od 2015. odbijen je zahtev putnika za naknadu štete koja je nastupila time što mu prevoznik nije dozvolio da se ukrca u avion zbog čega se kasnilo u polasku. Tehnički problem vazduhoplova koji su nastali neočekivano, koji se ne mogu pripisati slabom održavanju vazduhoplova i ne mogu se otkriti rutinskim pregledom ne mogu se ni smatrati vanrednim okolnostima kako je utvrđeno u čl. 5(3) Uredbe No 261/2004 o utvrđivanju opštih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcaja ili drugog kašnjenja leta u polasku, OJ L 046 od 11.02. 2004. Ovakva odluka suda bila je

govornosti za štete na stvarima su niže u odnosu na rešenja Varšavske konvencije a granice odgovornosti u prevozu putnika su ukinute<sup>19</sup>. U slučaju kombinovanog prevoza koji se delimično obavlja vazdušnim putem, odredbe Montrealske konvencije se odnose samo na prevoz vazdušnim putem<sup>20</sup>. Ovaj međunarodni dokument posebnom klauzulom dozvoljava pristup regionalnim organizacijama ekonomske integracije, kao što je to učinila EU.<sup>21</sup>

Pozivanje države ugovornice sa nejednakim pravnim sistemom na nacionalni zakon tumači se kao pozivanje na zakon odgovarajuće teritorijalne jedinice te države.<sup>22</sup> Konvencija daje mogućnost da žrtve, odnosno lica koja imaju pravo na odštetu pokrenu postupak za naknadu štete pred sudom mesta u kome putnik ima prebivalište.

U odredbama o merodavnom pravu ZOSOVS se poziva na primenu Montrealske konvencije i ECAA, a u suprotnom upućuje na koliziona rešenja. Sporazum ECAA (eng. *European Common Aviation Area*) je donet u cilju formiranja Zajedničkog evropskog vazduhoplovnog područja koji se temelji na slobodnom pristupu tržištu, slobodi osnivanja preduzeća, jednakim uslovima konkurencije i zajedničkim pravilima u oblasti sigurnosti, bezbednosti, upravljanja vazdušnim saobraćajem, socijalnih pitanja i zaštite životne sredine.<sup>23</sup> Strane ugovornice imaju obavezu da sarađuju u oblasti upravljanja vazdušnim saobraćajem u pogledu proširenja Jedininstvenog evropskog neba na ECAA, sa ciljem poboljšanja postojećih standarda sigurnosti i celokupne efikasnosti opštih standarda vazdušnog saobraćaja u Evropi, u svrhu optimizacije kapaciteta i smanjenja kašnjenja.<sup>24</sup>

prethodno potvrđena presudom *International Air Transport Association v Civil Aviation Authority*, C-581/10 i 629/10 od 2012. Teret dokazivanja je na putniku koji treba da dokaže da je pretrpeo štetu zbog nastalih vanrednih okolnosti.

<sup>19</sup> U presudi *Goldman v Thai Airways International Ltd.* iz 1983. sud je izneo stav da prevoznik nema pravo da ograniči svoju odgovornost zbog toga što pilot nije pravovremeno obavestio putnike da moraju da se vežu. Sud se pozvao na Hašku konvenciju iz 1955. Prema Varšavskoj konvenciji tužilac mora dokazati da su povrede nastale kao posledica prevozičevog propusta. Shodno operativnom uputstvu, pilot nema obavezu da zatraži od putnika da se vežu kad je vazduh miran, *All English Law Reports*, London, 9. December 1983. Isti stav je zauzeo francuski sud u sporu *Parsley vs. Mid Continental Airlines Inc.* Bliže, Wilbur J. Russ, *Tort Liability of Air Carriers to Their Passengers*, *California Law Review*, vol 39, issue 4, Berkeley, 1951, str. 541.

<sup>20</sup> V. čl. 38 Montrealske konvencije.

<sup>21</sup> V. čl. 53 Montrealske konvencije.

<sup>22</sup> V. čl. 56 u vezi sa pozivanjem na nacionalni zakon u čl. 28 Montrealske konvencije.

<sup>23</sup> Zakon o potvrđivanju Multilateralnog sporazuma o uspostavljanju zajedničkog evropskog vazduhoplovnog područja, *Službeni glasnik RS*, br. 38/09.

<sup>24</sup> ECAA sporazum, čl. 13.

## AUTONOMIJA VOLJE U UGOVORNOM KOLIZIONOM PRAVU

Ugovor je osnovni instrument pravnog uobličavanja prometa robe i usluga na unutrašnjem i međunarodnom planu. Povod sukobu zakona daju različita materijalnoppravna pravila merodavnih nacionalnih ugovornih prava. Reč je o razlikama u pogledu određivanja momenta zaključenja ugovora, rokova zastarelosti, momenta prelaska rizika, forme ugovora, utvrđivanja i vidova naknade štete i dr. Rešavanje sukoba zakona kod ugovornih odnosa ima zajedničke karakteristike na opštem nivou tako da se merodavno pravo određuje prema pravnoj i faktičkoj povezanosti ugovora sa teritorijalnim suverenitetom, dok je vezivanje za personalno pravo samo izuzetno, što proizilazi iz regulative ugovornih odnosa čije težište je na imovinskopravnim a ne na personalnim sankcijama. Rešavanje sukoba zakona kod ugovornih odnosa nije u službi širih principa i opštih društvenih ciljeva kao što je to slučaj sa statusnim odnosima. Merodavno pravo za ugovore sa elementom inostranosti određuje se primenom kolizionih normi kao i za ostale pravne odnose koji su povezani sa više pravnih poredaka. Odstupanja od redovne primene kolizionih rešenja znatno su ređa.

Za sve ugovore važi ugovorni statut, pod kojim se prevashodno podrazumeva pravo koje su stranke izabrale na osnovu autonomije volje (ako je dopuštena i u granicama u kojima je dopuštena), a nakon toga i prava koje određuje nacionalno zakonodavstvo za primarnu ili supsidijarnu primenu. Strane ugovornice mogu izjavom volje odrediti *lex contractus* na temelju subjektivne okvirne odlučujuće činjenice koja je dopuštena i priznata u nacionalnom pravu. Prema profesor Peroviću reč je o teoriji autonomije volje prenesenoj u domen međunarodnog privatnog prava koja dozvoljava strankama da u slučaju kolizije zakona slobodno izaberu zakon zemlje koji će se primeniti na njihov ugovor.<sup>25</sup> Predmet autonomije volje je merodavno pravo domaće ili strane zemlje što određuje njen kolizionopravni karakter. Izabrano merodavno pravo *lex voluntatis* primenjuje se u svojoj celini, odnosno imperativne i dispozitivne norme. Pravo zemlje suda daje odgovor na pitanje kada ugovorne strane mogu učiniti izbor merodavnog prava za ugovor, te autonomija volje može biti ograničena ili neograničena. Granice primene autonomije volje su različito postavljene u nacionalnim pravima tako da mogu biti značajne ili u minimalnom obimu, što je u skladu sa slobodnim izborom stranaka da odrede merodavno pravo ili izaberu sud ili arbitražu ma koje države za rešavanje spora. Stranke nemaju obavezu da vode računa o koneksitetu iako obično biraju kao merodavno ono pravo koje ima određenu vezu sa ugovornim odnosom. Pored toga, stranke često ugovaraju pravo koje je neutralno ali je dobro sistematizovano (npr. švajcarsko). Reč je o kolizionom izboru kada obično

---

<sup>25</sup> Slobodan Perović, *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 244.

nema koneksiteta u užem smislu ali se može opravdano očekivati da će proizvoditi dejstvo zato što pomenute okolnosti predstavljaju posebnu vrstu povezanosti, odnosno razlog za izbor. Koliziona autonomija volje može biti izričita ili prećutna tako da za određivanje merodavnog prava u samom ugovoru ili prilikom zaključenja nije neophodan poseban oblik. Često se uzima da je ugovaranjem nadležnosti suda jednog pravosuđa prihvaćena ujedno i primena materijalnog prava te države, kao što je slučaj sa praksom engleskih ili francuskih sudova, različito od američke sudske prakse.<sup>26</sup> Najsigurniji metod zaštite od naknadnog različitog tumačenja volje ugovornih strana je izričito i jasno ugovaranje nadležnosti suda i prava merodavnog za celinu ili deo ugovora.

*Autonomija volje kod ugovora o vazdušnom prevozu  
putnika i stvari*

Problemi i pitanja koja se postavljaju u vezi sa međunarodno-privatnopravnim odnosima iz poslova vazdušnog prevoza kao i celokupnost materijalopravnog regulisanja ukazuje na svu njihovu složenost. Poslovi vazdušnog prevoza po svojoj prirodi ulaze u područje različitih pravnih grana. Konvencijske odredbe u materiji međunarodnog vazdušnog saobraćaja imaju imperativan karakter i na jedinstven način uređuju osnovna pitanja ugovora. Uporedo sa tim, materijalno-pravne odredbe međunarodnog prevoza imaju ulogu specijalnog zakona koji može biti uklonjen samo posebnim ugovornim odredbama ili drugačijom izjavom volje stranaka. One imaju karakter specijalnih pravila koja se primenjuju nismo unutrašnjih dispozitivnih propisa u ovoj oblasti. Do sukoba zakona može doći samo u onom delu koji nije voljom stranaka materijalopravnog karaktera zaobiden ili ako je izabrano merodavno pravo zemlje koja nije ratifikovala konvencije u oblasti međunarodnog vazdušnog prevoza. Za rešavanje sukoba zakona odnosno određivanje merodavnog materijalnog prava potrebno je uzeti u obzir koje će koliziono pravilo važiti u konkretnom slučaju. Po pravilu to je *legis fori* a koje je pravilo u okviru *lex fori* merodavno zavisi od toga koje je pravosuđe nadležno.

Opšti principi i norme koje uređuju materiju sukoba zakona sadržani su u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (u daljem tekstu ZMPP)<sup>27</sup> dok su posebna rešenja predviđena u Zakonu o pomorskoj plovidbi<sup>28</sup> i Zakonu o obligacionim i osnovama svojinskopravnih odnosa u vazdušnom sa-

<sup>26</sup> László Réczei, *Internationales Privatrecht*, Nemetközi Magánjog, Budapest, 1980, str. 247.

<sup>27</sup> Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 I 72/82-ispr., *Službeni list SRJ*, br. 46/96, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

<sup>28</sup> Zakon o pomorskoj plovidbi, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2011, 104/2013, 18/2015, čl. 190–193.

braćaju. ZMPP dopušta da je za ugovor merodavno pravo koje su stranke izabrale ako tim zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno. Zakon o obligacionim i osnovama svojinskopravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju nalaže da se odredbe tog zakona o ugovorima o prevozu putnika i stvari ne primenjuju na odnose koji nastaju u međunarodnom vazdušnom saobraćaju ako su stranke ugovorile primenu određenog drugog prava.<sup>29</sup> Do primene ZOSOVS-a dolazi ako ni materijalnopravne ni kolizione odredbe konvencije ne uređuju sporna pitanja, ili ako ne postoje uslovi za primenu konvencijskih rešenja<sup>30</sup>.

Naime, zakonodavac je predvideo da se odredbe ZOSOVS-a neće primenjivati na odnose koji nastaju u međunarodnom vazdušnom saobraćaju ako su stranke ugovorile primenu određenog drugog prava<sup>31</sup>. Ugovorima o prevozu putnika i stvari u međunarodnom vazdušnom saobraćaju ne mogu se ugovoriti odredbe u suprotnosti sa rešenjima Montrealske konvencije i ECAA<sup>32</sup> sporazuma. Shodno zakonu, u pogledu prava i obaveza iz ugovora o prevozu primarno je merodavno pravo koje su stranke izabrale. Ograničenja autonomije volje kao odlučujuće činjenice postavljena su pre svega konvencijama kojima je regulisan međunarodni transport, među kojima su najstriktnija ona iz Konvencije o ugovorima o međunarodnom prevozu robe drumom<sup>33</sup>. Kod ugovora koji proizvode dejstvo prema trećim licima (ugovor o posredništvu, o zastupništvu; o cesiji) ograničenje se odnosi na izbor prava merodavnog za dejstva ugovora prema trećim licima.

Autonomija volje nastaje i ima granice postavljene pravom države čije se međunarodno privatno pravo primenjuje. Ograničenja i isključenje autonomije volje odnosi se na pojedine ugovore s tim što je obim autonomije volje u ugovorima o vazdušnom prevozu putnika i stvari ograničen u većoj meri nego kod opštih ugovora o prevozu. Prvo ograničenje polazi od zaštite putnika tako što se neće primeniti izabrano pravo ako bi na taj način putnik bio stavljen u nepovoljniji po-

<sup>29</sup> Zakon o obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju, čl. 185 st. 1.

<sup>30</sup> Bliže, Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2007, str. 406.

<sup>31</sup> Zakon o obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju, čl. 167.

<sup>32</sup> ECAA (*European Common Aviation Area*) je multilateralni sporazum između EZ i njenih članica, Republike Srbije, Republike Albanije, Severne Makedonije, Republike Crne Gore, Republike Hrvatske, Bosne i Hercegovine, Bugarske, Misije privremene uprave UN na Kosovu u ospostavljanju zajedničkog evropskog vazdušnog područja potpisanog 5. jula 2006. u Briselu, dostupno [http://www.ec.europa.eu/transport/models/air/international-aviation/country\\_index/ecaa-en](http://www.ec.europa.eu/transport/models/air/international-aviation/country_index/ecaa-en) (pripustup, 28.08.2019)

<sup>33</sup> Usvojena je 1955. godine u Ženevi, *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/58.

ložaj od onog koji mu je garantovan odredbama domaćeg ZOSOVS-a. Zakonodavac ne postavlja stroge kriterijume nepovoljnog položaja putnika već prepušta nadležnom sudu da ih odredi u konkretnom slučaju. Drugo zakonsko ograničenje, ili bolje reći isključenje kolizione autonomije volje, zasniva se na proceni posebne veze ugovornog odnosa sa našom zemljom. Domaća regulativa prihvata da je autonomija volje isključena u slučaju kada su obe ugovorne strane sa prebivalištem odnosno sedištem u našoj zemlji, dok je mesto polaska ili mesto opredeljenja takođe u Srbiji. U situacijama gde su ove okolnosti kumulativno izražene izabrano pravo stranaka neće proizvoditi pravno dejstvo, pa se ugovorni odnos potčinjava domaćem pravu. U trećem slučaju radi se o ograničenju autonomije volje kojim se umanjuje njen domašaj. Značajna povezanost između ugovornog odnosa i domaćeg prava upućuje na primenu materijalopravne a ne kolizionopravne autonomije volje ukoliko se mesto polaska ili mesto opredeljenja nalazi u našoj zemlji tako da se primenjuju koliziona rešenja domaćeg ZOSOVS-a. Dakle, kod ugovora o vazdušnom prevozu je po pravilu dozvoljena materijalopravna autonomija volje.<sup>34</sup>

U odsustvu autonomije volje merodavno pravo određuje pravo u najbližoj vezi sa ugovorom. Koliziono normiranje počiva na rukovodnom principu međunarodnog privatnog prava najtešnje povezanosti i upućuje na primenu onog prava koje je u tesnoj vezi sa pravnim odnosom.<sup>35</sup> Za razliku od uporednog prava, princip najtešnje povezanosti nije posebno formulisan u samom tekstu naše kodifikacije međunarodnog privatnog prava.

Kada je reč o sadržini ugovora odnosno o pravima i obavezama ugovornih strana iz ugovora o vazdušnom prevozu putnika i stvari pravo u najbližoj vezi upućuje na državu u kojoj prevoznik ima prebivalište odnosno sedište u vreme zaključenja ugovora. Ova tačka vezivanja upućuje na merodavno pravo i kada se ugovor zaključuje na osnovu unapred utvrđenih opštih uslova prevoznika. Teorija ističe da se ovo koliziono rešenje nameće kao primarno u odsustvu autonomije volje ili punovažnog izbora merodavnog prava na prvi pogled, ukoliko ne postoje jače indicije da je neko drugo pravo u bližoj vezi sa ugovorom. Sporedna prava i obaveze ugovornih strana podležu pravu mesta izvršenja ugovora (*lex loci solutionis*) odnosno pravu mesta u kome je ugovor trebao da se izvrši. Ukoliko iz bitnih okolnosti proizilazi da postoji bliža veza sa nekim drugim pravom odstupanja se od primene prava mesta izvršenja ugovora.

<sup>34</sup> T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, cit. delo, str. 406.

<sup>35</sup> Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, Recueil des Cours Académie Internationale, Brill/ Nijhoff, Leiden, Boston, 1986, vol. 196, str. 9.

Uporedo sa tim, ukoliko ugovorne strane ne izaberu merodavno pravo za njihov ugovor o osiguranju u vazdušnom saobraćaju koji se svrstavaju u sferu ugovora osiguranja od velikih rizika, merodavno je pravo sedišta osiguravača. Ugovor o osiguranju u vazdušnom saobraćaju podleže pravu sedišta osiguravača pod uslovom da stranke nisu izrazile kolizionu autonomiju volje a njihova namera o primeni određenog prava se ne može utvrditi iz okolnosti slučaja, i da se pravo koje su stranke izabrale kao merodavno ne može primeniti na taj deo ugovora ili na neki odnos iz ugovora.<sup>36</sup> Izuzetno, ugovor o osiguranju u vazdušnom saobraćaju podleže domaćem pravu ukoliko su sva zainteresovana lica domaći državljani sa prebivalištem u našoj zemlji ili je reč o pravnim licima čije je sedište u Republici Srbiji, dok se osigurani predmeti izloženi pokrivenim rizicima isključivo na teritoriji naše zemlje.

Punovažnost ugovora o međunarodnom vazdušnom saobraćaju može se osporavati i u pogledu forme. U skladu sa opšteprihvaćenim kolizionim pravilom za formu ugovora, ZOSOVS upućuje na primenu prava zemlje u kojoj je ugovor o vazdušnom prevozu zaključen, odnosno izvršena radnja u obliku propisanom zakonom mesta zaključenja. Uporedno pravo prihvata fakultativnost pravila “mesto vlada činom” – *locus regit actum* kada je reč o ugovorima tako da se punovažnost ugovora u pogledu forme može procenjivati i prema pravu merodavnom za glavna prava i obaveze iz ugovora- *lex causae*. Odredbe stranog prava na čiju je merodavnost uputila domaća koliziona norma neće se primeniti ukoliko bi dejstvo bilo suprotno domaćem javnom poretku.

#### UREDBA EU br. 593/2008 O MERODAVNOM PRAVU ZA UGOVORNE OBAVEZE

Nakon Ugovora iz Amsterdama, reforma evropskih kolizionih pravila unela je značajne novine na području određivanja merodavnog prava za ugovore. Uredba br. 593/2008, koja je zamenila Rimsku konvenciju o merodavnom pravu za ugovorne obaveze<sup>37</sup> po prvi put sadrži posebna pravila o određivanju merodavnog prava za pojedine ugovore.<sup>38</sup> Konverzija Rimske konvencije u Rim I Uredbu

---

<sup>36</sup> V. član 168, st. 1 i 2 ZOSOVS-a.

<sup>37</sup> Revidiranje Rimske konvencije i njena konverzija u komunitarni pravni akt istaknuto je kao prioritarno u Vienna Action Plan iz 1988 (The Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of Freedom, Security and Justice of 3 December 1998, OJ 1999 C 19/1) koji je počeo sa realizacijom usvajanjem Zele- ne knjige 2003. godine (Green Paper of 14 January 2003 on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, COM (2002) 654 final).

<sup>38</sup> OJ L 177, od 04. juna 2008.

dala je povoda da se izvrše neke manje ili više značajne promene kolizionih pravila za ugovore. Uredba se primenjuje na sve ugovore sa elementom inostranosti, zaključene nakon 17. decembra 2009.<sup>39</sup> a osnovni princip na kojem počiva je autonomija volje stranaka, tako što su stranke slobodne da izaberu pravo po kojem će se raspravljati njihov ugovorni odnos (čl. 3 st. 1). Izabrano pravo se ne inkorporira u ugovor već se primenjuje u celini, uključujući imperativne i dispozitivne norme. Stranke mogu kao merodavno izabrati bilo koje pravo bez obzira da li je reč o propisima države članice ili ne.<sup>40</sup> Sporazumni izbor prava može biti učinjen u svakom trenutku, pre i posle zaključenja ugovora, kao što može biti promenjen u svakom trenutku dok ugovor traje.

Takođe, stranke mogu izabrati merodavno pravo za ceo ugovor ili za deo, što znači da je dozvoljeno tzv. cepanje ugovora voljom stranaka (čl.3. st. 1). Sporazumni izbor merodavnog prava mora biti izričit, ili proizilaziti jasno iz odredaba ugovora ili okolnosti slučaja, kada je reč o prećutnom izboru. Autonomija volje je ograničena u situaciji kada stranke kao merodavno izaberu pravo jedne države a sve relevantne okolnosti slučaja se u vreme izbora merodavnog prava nalaze u drugoj zemlji tako da treba primeniti pravo te zemlje.<sup>41</sup> U skladu sa navedenim, stranke mogu da izaberu merodavno pravo za svoj ugovor o vazдушnom prevozu, s tim što se "slabije ugovorne strane" mogu pouzdati u ograničenja autonomije volje koja su data u odredbama čl. 3. st. 3 i 4. Ona mogu dovesti do primene nacionalnog ili komunitarnog prava i ne mogu se derogirati ugovorom, kao i u čl. 9 Uredbe koja se odnosi na norme neposredne primene.

Ukoliko ugovorne strane ne izaberu merodavno pravo za njihov ugovor to će učiniti nadležni organ, prema čl. 4 Rim I Uredbe u kome su sadržana opšta kolizionna pravila za određivanje merodavnog prava. Ona predstavljaju kombinaciju čvrstih kolizionih rešenja sa neposredno vezujućim tačkama vezivanja i principa najbliže veze koji čini osnov generalne klauzule odstupanja. Član 4 Uredbe sadrži enumeraciju čvrstih kolizionih pravila za pojedine vrste ugovora, među kojima su ugovori o pružanju usluga za koje je predviđena merodavnost prava države u ko-

<sup>39</sup> Rim I Uredba obavezuje sve države članice, izuzev Ujedinjenog Kraljevstva, Irske i Danske, koje su stavile rezervu na četvrtu glavu Amsterdamskog ugovora iz 1997. Irska je odmah izjavila da će iskoristiti svoje pravo opcije i prihvatiti Uredbu dok to isprva nije učinilo Ujedinjeno Kraljevstvo ali je kasnije britanska vlada obavestila Savet EU da namerava da upotrebi pravo opcije i da će prihvatiti Uredbu. Danska nema mogućnost optiranja tako da se u odnosu na nju primenjuje Rimska konvencija iz 1980. Bliže, Ole Lando, Peter Arnt Nielsen, *The Rome I Regulation*, *Common Market Law Review*, 45, 2008, str. 1689.

<sup>40</sup> V. čl. 2. Uredbe (univerzalna primena).

<sup>41</sup> Michael Vildesprin, *The Rome I Regulation: Communitarisation and modernization of the Rome Convention*, ERA Forum, 9/2008, str. 264.



joj vršilac/ponudilac usluga ima svoje uobičajeno boravište. Za ugovore koji nisu navedeni u st. 1(a) do (h) merodavno je pravo države u kojoj stranka koja je nosilac karakteristične prestacije, ima svoje uobičajeno boravište. Ukoliko se merodavno pravo ne može utvrditi ni prema čvrstim kolizionim pravilima iz st.1 niti prema uobičajenom boravištu dužnika karakteristične prestacije (st. 2) na ugovor se primenjuje pravo države sa kojom je u najbližoj vezi (čl. 4 st. 4). Klauzula ostupanja ovlašćuje sudove da ne primene pravo na koje ukazuje čvrsto koliziono pravilo već pravo države koje nakon razmatranja svih okolnosti slučaja ima očigledno bližu vezu sa ugovorom<sup>42</sup>.

U pogledu tumačenja ugovora o prevozu nisu predviđene nikakve sadržajne izmene vezane za čl. 4 st. 4 Rimske konvencije. Shodno tome, ugovore čija je osnovna svrha prevoz robe trebalo bi smatrati ugovorima o prevozu robe. U smislu Uredbe izraz “pošiljalac” se odnosi na svako lice koja sklopi ugovor o prevozu sa prevoziocem, a termin “prevoznik” odnosi se na stranu koja se obavezuje da preveze robu, bez obzira da li samo vrši ovaj prevoz. S obzirom na posebnu prirodu ugovora o prevozu i ugovora o osiguranju specifične odredbe moraju osigurati odgovarajući novo zaštite putnika i osiguranika (čl. 32) pa na ove ugovore ne treba primenjivati član 6. Ugovor o prevozu podleže sporazumu stranaka o izabranom pravu s tim što kao merodavno mogu izabrati samo pravo države u kojoj putnik<sup>43</sup> ima uobičajeno boravište; u kojoj prevoznik ima uobičajeno boravište; u kojoj je prevozniku sedište glavne uprave; u kojoj se nalazi mesto odlaska ili mesto odredišta (čl. 5 (a)(b)(c)(d)(e)). Kada stranke nisu izabrale merodavno pravo ugovor podleže pravu zemlje uobičajenog boravišta prevoznika, pod uslovom da se mesto prijema i mesto dostave nalaze u istoj zemlji. Ukoliko ovi uslovi nisu ispunjeni merodavno je pravo države u kojoj je mesto dostavljanja koje su kao takvo dogovorile strane-ugovornice. Na ugovor o prevozu putnika, u meri u kojoj pravo koje je merodavno ugovornice nisu odabrale, merodavno je pravo one države u kojoj putnik ima uobičajeno boravište, pod uslovom da se ili mesto odla-

---

<sup>42</sup> U odluci Suda pravde EU C-133/08 od 8. oktobra 2009. u sporu *Intercontainer Interfrigo SC(ICF) vs Balkenende Oosthuizen BV und MIC Operations BV*, navodi se da čl. 4, st. 5 Rimske konvencije o merodavnom pravu za ugovorne obaveze treba tumačiti na način da ako je jasno iz sveukupnih okolnosti da je ugovor uže povezan s nekom drugom državom, a ne onom koja je određena na temelju jedne od tačaka vezivanja iz člana 4 st. 2. do 4. Na sudu je da zanemari te odlučujuće činjenice i da primeni pravo države sa kojom je ugovor u celini najuže povezan.

<sup>43</sup> Sud pravde EU je na zahtev za davanjem tumačenja pojma “putnik” u vezi čl. 17 Monterske konvencije i čl. 3(g) Regulative br.785/2004 u sporu *Wucher Helicopters GmbH and Euro-Aviation Versicherung AG v Fridolin Sonter*, C-6/14 CJEU od 2015. utvrdio da je lice koje se nalazi u helikopteru putnik u smislu Monterske konvencije; lice koje se prevozi na osnovu ugovora između prevozioca i poslodavca tog lica jeste putnik u smislu čl. 3 Regulative.

ska ili mesto odredišta nalaze u toj državi. Ukoliko ovi uslovi nisu ispunjeni, merodavno je uobičajeno boravište prevoznika.

Uredba sadrži i koliziona pravila za ugovore o osiguranju od velikih rizika.<sup>44</sup> Shodno Drugoj Direktivi o osiguranju br. 88/357/EEZ osiguraniku od velikih rizika nije potrebna posebna kolizionopravna zaštita. Merodavno pravo za ove ugovore određuje se na identičan način kao i za ugovore o reosiguranju i ugovore o osiguranju masovnih rizika koji se nalaze izvan država članica. Shodno Prvoj Direktivi Saveta br. 73/239/EEZ iz 1973<sup>45</sup> velikim rizicima se, između ostalih, smatraju sve štete na avionu i gubitak aviona, štete i gubici na robi u prevozu, odgovornost koja proizilazi iz upotrebe vazduhoplova i dr<sup>46</sup>. Na sve ugovore o osiguranju masovnih rizika koji se nalaze u državama članicama primenjuju se odredbe čl. 7 st. 3 Uredbe tako da, ukoliko stranke nisu izabrale jedno od ponuđenih prava merodavno je pravo one države u kojoj se u trenutku zaključenja ugovora nalazi osigurani rizik. Od tog kolizionog rešenja se ne može odstupiti primenom klauzule najbliže veze. Ako se jednim ugovorom osiguravaju rizici u više država smatraće se da je zaključeno više ugovora od kojih je svaki vezan samo sa jednom članicom.<sup>47</sup>

#### ZAKLJUČAK

Međunarodne organizacije su imale značajnu ulogu u formiranju međunarodnog vazduhoplovnog prava, tako da se danas primenjuje više dokumenata koji regulišu vazdušni saobraćaj. Međutim, donošenjem i istovremenim važenjem međunarodnih dokumenata stvorena je neujednačenost u međunarodnoj regulativi istih ili sličnih pitanja kroz različite grupe zemalja koje su zajednički prihvatile međunarodne ugovore. Neujednačenost važenja pojedinih konvencijskih rešenja i masovnost vazdušnog prevoza s druge strane stvorila je pogodno tle za usvajanje Montrealske konvencije. Primenom uniformnih pravila za ugovore zaključene u različitim pravnim, ekonomsko-socijalnim sistemima otklanjaju se prepreke u odvijanju međunarodnih poslovnih transakcija i prevazilazi problem sukoba zakona. Uprkos tome, kolizioni način regulisanja ugovora sa elementom inostranosti ostaje nezaobilazan instrument, imajući u vidu razlike u nacionalnoj ugovornoj regulativi vazdušnog saobraćaja.

<sup>44</sup> Slavko Đorđević, Merodavno pravo za ugovore o osiguranju u međunarodnom privatnom pravu EU, *Revija za pravo osiguranja*, br. 1/2000, Beograd, str. 40–51.

<sup>45</sup> OJ L 228, 16.08. 1973. Direktiva je menjana više puta.

<sup>46</sup> V. Aneks Prve direktive, tačka A klase 4, 5, 6, 7, 11 i 12.

<sup>47</sup> U skladu sa odredbom čl. 7, st. 5 Uredbe Rim I.

MARIJA KRVAČA, Ph.D.,  
Full-time professor at Faculty of Law  
University of Priština, Kosovska Mitrovica

CONTRACT OF AIR TRANSPORTATION OF PASSENGERS  
AND BELONGINGS IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Summary

Air traffic has made the most dynamic development of all forms of transportation. Development of air traffic takes place in the conditions of strongly present institutionalization and state regulations. Air traffic has primarily an international character and hence it is essential to achieve coordination of activities throughout the relevant international organizations. Over the past few years, the EU has initiated a creation of the so-called Transport Community with the aim of fostering the system of transport which has an important role in the development of a single European market. The transport Community would include Serbia and other states of the southeastern Europe. Applicable law for contractual relations is determining according to legal and factual connection of the contract with territorial sovereignty, while the connection with the personal one is only exceptional. Regulation (EU) No. 593/08 on the law to contractual obligations the first time introduces a strict rule on determining law that governs contract, in the case of absence of a choice law.

*Key words:* contract, air transport, applicable law



PREDRAG CVETKOVIĆ

## TEORIJA IGARA KAO METOD STRUKTURIRANJA SPORAZUMA O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU

*Teorija igara nastala je kao matematički koncept. Njen doprinos društvenim naukama leži u unapređenju razumevanja i rešavanja realnih društvenih odnosa. Primenjena u pravnom diskursu, teorija igara objašnjava ponašanje aktera odnosnog pravnog sistema. U kontekstu teorije igara, pravna pravila imaju se smatrati pravilima igre koja se odvija između različitih aktera. Analiza u svetlu teorije igara identifikuje okolnosti pod kojim pravo utiče ili menja ponašanje učesnika u igri. Teorija igara ima korisnu ulogu za definisanje pravnih pravila: njome se objašnjava zbog čega su se akteri pravnog odnosa ponašali na određeni način, ali i predviđa njihovo buduće ponašanje. Uloga teorije igara u pravu je što omogućava da norma bude ustanovljena, primenjivana i ocenjivana u skladu sa istinskom ulogom i efektom koje ima na odnose koje uređuje. U radu se naglašava značaj primene modela "prtvorenikove dileme" u kontekstu ugovora o javno-privatnom partnerstvu i njegova uloga za optimiziranje javnog interesa kao ključnog elementa javno-privatnog partnerstva.*

*Ključne reči: teorija igara, Nešov ekvilibrijum, prtvorenikova dilema, javno-privatno partnerstvo*

### U V O D

Teorija igara nastala je kao matematički koncept. U poslednjih dvadeset godina teorija se primenjuje izvan okvira matematičkih analiza, uključujući i druš-

---

Dr Predrag Cvetković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", br. 179046, koji sprovodi Pravni fakultet u Nišu, a finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

tvne nauke. Primena teorije igara ima za cilj unapređenje razumevanja stvarnih društvenih odnosa: subjekata tih odnosa, tenzija i sukoba koje generišu.<sup>1</sup> Opisana pitanja teorija igara analizira kroz izradu modela koji olakšava analizu stvarne životne situacije. Primenjena u pravnom diskursu, teorija igara objašnjava ponašanje aktera/igrača u određenom pravnom sistemu.<sup>2</sup> Karakteristika teorije igara je da su predmet njenog razmatranja situacije u kojima postoji strateška interakcija: strateška situacija je ona kod koje postoje najmanje dva aktera pri čemu rezultat odluke svakog od njih (kao i ponašanje koje tu odluku prati) zavisi od toga kako će se ponašati drugi akter.

U igri<sup>3</sup> akteri biraju opciju ponašanja koja bi trebalo da ih dovede do optimalnog rezultata. Ovi izboru mogu biti parametrijski i strateški. Parametrijski izbor je baziran na parametrima koji su konstantni/fiksni. Ova činjenica olakšava izbor ponašanja/akcije. Strateški izbor, pak, zavisi od ponašanja drugih aktera. Stoga su strateške igre kompleksnije u odnosu na igre sa parametrijskim izborom.

Zadatak teorije igara je da obezbedi teoretski model za analizu strateških situacija, te da identifikuje kriterijume racionalnog izbora aktera, uključujući i procenu važnosti ovih kriterijuma (relativnu procenu, koja se odnosi na njihov međusobni odnos, te apsolutnu procenu, koja se tiče odnosa svakog kriterijuma sa ciljem igrača) za konačan ishod igre.

Pravni život i procesi često imaju formu strateških interakcija: stoga je teorija igara koncept primenljiv i na pravni kontekst. Omogućavajući uvid u način na koji pravna pravila utiču na ponašanje aktera, ona ima korisnu ulogu za definisanje pravnih pravila: ne samo da se njome objašnjava zbog čega su se akteri pravnog odnosa ponašali na određeni način, već daje i prostor za predviđanje njihovog budućeg ponašanja. Uloga teorije igara u pravu je što omogućava da se pravo sagledava kao kompleksan sistem, kroz multidisciplinarnu vizuru: time se obezbeđuje da norma bude kreirana, primenjivana i ocenjivana u skladu sa istinskom ulogom i efektom koje ima na odnose koje uređuje.

#### POJAM IGRE

Teorija igara pojam “igre” vidi kao interakciju između dva ili više aktera. Igra je definisana pravilima koja specifikuju: listu igrača, raspoložive opcije (stra-

<sup>1</sup> O ključnim fundamentima teorije igara V. John Von Neumann, Oskar Morgenstern, Harold William Kuhn., *Theory of games and economic behavior (commemorative edition)*. Princeton university press, 2007. Videti i: Dušan Pavlović, *Teorija igara: Osnovne igre i primena [Game Theory: Basic Games and Applications]*, Drugo, dopunjeno izdanje, Beograd, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu i Čigoja štampa 2015.

<sup>2</sup> U ovom radu termin “akter” i “igrač” upotrebljavaju se kao sinonimi.

<sup>3</sup> Više o pojmu igre v. *infra* u ovom radu u delu naslovljenom “POJAM IGRE”

tegije) za svakog od njih, korake (sekvence) poteza aktera, dobit (e. "payoff") svakog aktera za sve moguće kombinacije u igri.

U teoriji igara strategijom se smatra svaki potpuni plan ponašanja aktera u odnosu na svaku moguću fazu igre. Strategija sadrži unapred definisani redosled poteza aktera igre, pri čemu izbor poteza zavisi i od poteza drugih igrača. U igrama kod kojih igrač ima mogućnost za više različitih akcija, pojam strategije razlikuje se od pojma "akcija": akteri primenjuju strategiju kao način izbora akcije koju će da preduzmu.

Teorija igara razlikuje dominantnu i dominiranu strategiju.

Dominantna strategija je optimalni izbor za aktera u igri: optimalnost postoji u odnosu na bilo koji mogući izbor drugog aktera. Dominantna strategija donosi akteru maksimalnu dobit bez obzira na strategiju i odluke drugog aktera.

Dominirana strategija je ona koja akteru donosi korist koja je jednaka ili lošija (donosi manju dobit) od druge strategije.<sup>4</sup> Kada jedna strategija ne donosi bolji rezultat nego druga strategija, nego nekad čak i gori, ona je dominirana od te bolje strategije. Kada je jedna strategija uvek gora od druge, onda je ta strategija striktno dominirana.

### *Tipovi igara*

U teoriji igara postoji nekoliko podela tipova igara.

Prava podela je na klasične i neklasične igre. Klasična teorija igara obuhvata nekooperativne i kooperativne igre, dok neklasična teorija igara obuhvata evolucionarne igre.

a) Kod kooperativnih igara ponašanje aktera uređeno je obavezujućim sporazumom. Nekooperativne igre, pak, su one kod kojih sporazum aktera o zajedničkoj akciji nije obavezujući.

Igra kooperacije je praćena ispunjavanjem kriterijuma Pareto efikasnosti,<sup>5</sup> te principa pravičnosti i jednakosti. Nekooperativne igre su, pak, bazirane na principu da igrači teže maksimizaciji sopstvene koristi.

Igre kooperacije se više fokusiraju na karakteristike i prirodu rezultata igre (npr. pravičnost rezultata) nego na način (strategiju) na koji se taj rezultat ostvaruje. Nekooperativne igre su usmerene na strategiju koja se primenjuje radi ostva-

---

<sup>4</sup> Baird, Douglas G., Robert H. Gertner, Randal C. Picker, *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 1998. str. 306.

<sup>5</sup> Rezultat igre je Pareto efikasan ukoliko je rezultat igre "x" bolji od rezultata igre y na način da svi igrači imaju veću dobit nego što bi imali da je igra završila rezultatom "y". Kriterijum je nazvan po italijanskom inženjeru Vilferdu Paretu koji ga je prvi artikulisao.

rivanja rezultata čije su redukovane karakteristike jasne iz motiva igre (svaki igrač ima cilj da maksimizuje sopstvenu korist iz igre): pravičnost i jednakost ne igraju značajnu ulogu.

Evolutivne igre počivaju na pretpostavci da će manje uspešni akteri težiti da imitiraju aktere koji su uspešniji. Evolutivne igre počivaju na pretpostavci da se igra ponavlja (da ima više iteracija).<sup>6</sup>

b) Druga je podela na igre nulte sume (igra sa fiksnom sumom, e. “zero-sum game”) i igre sa varijabilnom sumom.

Kod igara sa fiksnom sumom dobitak jednog igrača predstavlja direktan gubitak za drugog. Primer je fudbalska utakmica – svaki gol za jedan tim predstavlja dobitak za taj tim i korespondentan gubitak tima koji je gol primio.<sup>7</sup> Igre sa fiksnom sumom su igre striktnog konflikta: dobitak jednog aktera je uvek gubitak drugog aktera.

Igre sa varijabilnom sumom su igre kod kojih dobitak jedne strane ne znači gubitak druge strane: svojom aktivnošću one mogu da ukupan zbir dobiti (koji je konstanta kod igara sa fiksnom sumom) povećaju na način koji uvećava dobitak svake od njih. Ove igre pravdaju saradnju (kooperaciju) aktera.

c) Treća je podela na igre sa potpunom/kompletnom i nepotpunom/nekompletnom informacijom. Ova je podela bazirana na kriterijumu poznavanja ciljeva (preferenci) drugog igrača.

Igra u kojoj igrač ima znanje o pravilima igre i strukturi igre (ko su igrači, strategija koja je raspoloživa svakom igraču i dobit za svakog igrača za sve moguće kombinacije raspoloživih strategija) naziva se igrom sa kompletnom informacijom.

Ukoliko akter učestvuje u igri bez znanja o preferencama drugog aktera, radi se o igri sa nekompletnom informacijom.<sup>8</sup>

d) Četvrta podela obuhvata igre sa perfektnom i igre sa imperfektnom informacijom.

Igre sa perfektnom informacijom su igre kod kojih igrač poznaje ceo prethodni tok igre do momenta kada on počinje da učestvuje u igri. Sa druge stra-

---

<sup>6</sup> V. Wojciech Załuski, *Game theory in jurisprudence*. Kraków: Copernicus Center Press, 2013. str. 74. *passim*

<sup>7</sup> V. Predrag Cvetković, *Pravo javno-privatnih partnerstava*, Pravni fakultet Niš, 2015, str. 162, napomena 323. Igre nulte sume nemaju rezultate koji su “Pareto” dominantni. Svi ekvilibrijumu su Pareto efikasni, s obzirom da nema dobiti jednog igrača bez gubitka drugog.

<sup>8</sup> W. Załuski, *op. cit.*, str. 32. *passim*.



ne, igra je imperfektna kada barem jedan igrač ne poznaje u celini prethodni tok igre.<sup>9</sup>

e) Peta podela razlikuje statične ili nesekvencijalne i dinamičke igre, sa jedne, ili sekvencijalne igre, sa druge strane.

Statične igre čine igre kod kojih igrači donose svoje odluke istovremeno, tako da ne znaju izbore drugih igrača. Statične igre su i one kod kojih se izbori vrše sekvencijalno (jedan igrač "igra" nakon drugog), ali i dalje ne znaju izbore drugih aktera.

Dinamičke igre su dvojake.

Prvu vrstu dinamičkih igara čine striktno nesimultane igre. Kod ovih igara igrači biraju i realizuju svoje akcije sekvencijalno (jedan nakon drugog), pri čemu svaki igrač zna prethodnu istoriju poteza druge strane.

Drugu vrstu dinamičkih igara čine mešovite igre kod kojih u nekoj od faza igrač zna prethodnu istoriju igre, dok u nekoj drugoj fazi takvo znanje izostaje.

Zajednička pretpostavka za sve tipove igara je da su igrači racionalni: da imaju rang ciljeva (odnosno da imaju jasno vezane vrednosti i koristi za te ciljeve), te da su u stanju da naprave razliku većeg i manjeg dobitka. Komplikacije nastaju jer nema generalno dominantne ili bezuslovno najbolje strategije za igrače s obzirom da postoji povezanost sa izborima drugih aktera (igra ima strateški okvir)<sup>10</sup>

### *Nešov ekvilibrijum*

Ekvilibrijum/ravnoteža se u teoriji igara definiše pomoću kriterijuma stabilnog ishoda: ključni pojam u ovom smislu je Nešov ekvilibrijum.<sup>11</sup> Nešov ekvilibrijum je fundamentalni koncept teorije igara i najčešće korišćen metod predviđanja strateških interakcija kada se navedena teorija primenjuje u kontekstu društvenih nauka. Nešov ekvilibrijum označava ravnotežu kao stanje strateške igre u kojoj svaki igrač ima ispravna očekivanja o ponašanju druge strane i ponaša se raci-

---

<sup>9</sup> Informacija može da bude perfektna, ali nekompletna ukoliko svi akteri imaju znanje o strategijama koje su na raspolaganju drugim igračima, kao dobit drugih igrača, ali makar jedan od njih nema znanje o prethodnom toku igre. Pritvorenikova dilema je primer takve igre. V. Baird, Gertner, Pickner, *op. cit.*, str. 312.

<sup>10</sup> Igre kod kojih postoji samo jedan igrač nazivaju se "igramama protiv prirode" i spadaju u oblast teorije odlučivanja.

<sup>11</sup> Nešov ekvilibrijum je formulisao čuveni matematičar iz Sjedinjenih Američkih Država, Džon Neš. Ovaj se koncept naziva i "Cournot-Nash" ekvilibrijum, po Antoanu Kornautu, francuskom ekonomisti iz XIX veka koji je koristio sličan koncept za analizu oligopola. V. Baird, Gertner, Picker, *op. cit.*, str. 276.

onalno.<sup>12</sup> Osnovna karakteristika navedene ravnoteže je da niko od aktera nema podsticaj da se ponaša na način koji menja uravnoteženi ishod. Nešov ekvilibrijum je stoga ravnoteža ishoda igre; Sadržina opisanog ekvilibrijuma je da je svaka strana izabrala strategiju koja, u kombinaciji sa strategijom druge strane, ima za rezultat izostanak podsticaja za bilo kog igrača da izabranu strategiju menja.

U igri dva aktera, njihove strategije formiraju Nešov ekvilibrijum kada nijedan igrač ne može da ima veći dobitak ukoliko promeni sopstvenu strategiju: pri tome je svako od njih birao postojeću strategiju birana u skladu sa strategijom drugog igrača. Nešov ekvilibrijum je kombinacija strategija koje su međusobno najbolji odgovor jedna na drugu. Testiranje da li je kombinacija strategija Nešov ekvilibrijum ilustruje se sledećim primerom. Prvi igrač ima strategiju “x” a drugi “y”. Pitanje da li je ova kombinacija Nešov ekvilibrijum jeste da li bi prvi igrač (imajući u vidu da drugi igrač ima strategiju “y”), imao veću dobit ukoliko bi umesto strategije “x” izabrao strategiju “x1”. Obrnuto, kriterijum za strategiju drugog igrača je da li bi ovaj (imajući u vidu da prvi igrač bira strategiju x) drugi igrač imao veću dobit time što bi izabrao strategiju “y1”. Ukoliko ne postoji bolja strategija za prvog igrača od strategije “x” kao odgovora na strategiju “y” drugog igrača, odnosno ukoliko nema bolje strategije za drugog igrača od strategije “y” kao odgovora na strategiju “x” prvog igrača, onda je ovaj par strategija formirao Nešov ekvilibrijum.

Nešov ekvilibrijum je suprotan konceptu liberalnog kapitalizma koji polazi od toga da individualna ambicija u kompetitivnom okruženju služi opštem dobru, a najbolji rezultat nastaje kada svako radi ono što je najbolje za njega. Nešov ekvilibrijum dodaje ovom konceptu kooperativnost kao važan instrument za ostvarivanje efikasnosti igre (u slučaju prava, norme).

### *Pritvorenikova dilema*

Naziv “Pritvorenikova dilema” potiče od modeliranja teorije sa primerom zatvorske kazne:<sup>13</sup> dve osobe su optužene da su počinile zločin. Sud im nudi istu nagodbu čija je sadržina sledeća: pritvorenik (igrač) koji prizna i time obezbedi dokaz protiv drugog pritvorenika će biti pušten (dobit ovog pritvorenika je 0, to jest 0 godina zatvora), pod uslovom da drugi pritvorenik (igrač) ne prizna (u kom slučaju će ovaj imati dobitak od – 10, to jest deset godina zatvora).

<sup>12</sup> Thomas Schelling, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, 1980, str. 3–20

<sup>13</sup> Model “pritvorenikove dileme” su 1950. godine osmislili Meril Flod i Melvin Drešer, istraživači koji su radili u okviru RAND korporacije. V. [www.rand.org](http://www.rand.org).

Svakom od igrača na raspolaganju su dve strategije: da saraduje sa drugim igračem (opcija kooperacije) ili da ne saraduje (opcija izostanka kooperacije; saradnja se odnosi na kooperaciju igrača međusobno, a ne igrača i policije)

“K” označava sadradnju/kooperaciju igrača (nepriznavanje krivice), dok “NK” podrazumeva nesadradnju (priznavanje krivice od strane igrača). Prioritetni cilj oba pritvorenika je identičan: da sami provedu što manje vremena u zatvoru. Cilj nije da se smanji ukupni broj godina koje će igrači provesti u zatvoru.<sup>14</sup>

Postoje četiri ishoda ove igre.

Ishod 1: ukoliko pritvorenici međusobno saraduju (niko od pritvorenika ne prizna zločin-ishod KK), svaki od njih će biti osuđen samo za blaže krivično delo pri čemu će dobit obojice da bude po -1, to jest jedna godina u zatvoru.

Ishod 2: ukoliko pritvorenici međusobno ne saraduju (oba pritvorenika priznaju zločin-ishod NK-NK), biće osuđeni za krivično delo ali će kazna biti blaža nego što bi bila u slučaju da je samo jedan priznao (dobitak svakog od njih biće -5, to jest 5 godina zatvora za svakog).

Ishod 3: pritvorenik A ne saraduje sa pritvorenikom B (pritvorenik A priznaje krivicu-NK), a pritvorenik B saraduje (ne priznaje krivicu-K), ishod igre je NK-K: pritvorenik A izlazi na slobodu (0 godina zatvora), a pritvorenik B dobija 10 godina; (rezultat igre: 0, -10)

Ishod 4 simetričan je ishodu 3 s tim što pritvorenici A i B menjaju uloge: pritvorenik A saraduje sa pritvorenikom B (pritvorenik A ne priznaje krivicu-K), a pritvorenik B ne saraduje (priznaje krivicu), igra ima ishod K-NK. Shodno tome, pritvorenik A dobija 10 godina a pritvorenik B izlazi na slobodu (0 godina; rezultat igre: -10, -0)

Iz gore navedenog proizlazi da je pritvorenikova dilema paradigma situacije u kojoj ravnotežni ishod rezultat strategije koju biraju akteri a koja ima za njih manje povoljan rezultat nego da su obe izabrale suprotnu strategiju.

Dominantna strategija<sup>15</sup> svakog igrača (ona koja igraču daje superiorni dobitak bez obzira šta druga strana radi) jeste da ne saraduju (NK): nesadradnja u konkretnom slučaju znači da je akter priznao krivično delo.

Nešov ekvilibrijum<sup>16</sup> je nepovoljniji za oba pritvorenika nego što je to izostanak ekvilibrijuma: kod izostanka ekvilibrijuma dominantna strategija je K (saradnja/kooperacija, odnosno nepriznavanje krivice), jer im im donosi najbolji re-

---

<sup>14</sup> Simetrične igre su one kod kojih dobit zavisi od određene strategije, a ne od toga ko ovu strategiju primenjuje (odnosno ne od igrača). Čak i kada se zameni identitet igrača, dobit ostaje ista.

<sup>15</sup> Više o dominantnoj strategiji videti *supra* u ovom radu u delu naslovljenom “Pojam igre”.

<sup>16</sup> Više o Nešovom ekvilibrijumu v. *supra* u ovom radu u delu naslovljenom “Nešov ekvilibrijum”.

zultat (-1 za svakog). Kod Nešovog ekvilibrijuma, saradnja izostaje i svako dobija po pet godina zatvora (-5, -5).

Sušтина pritvorenikove dileme je da čak i kada bi oba igrača u strateškoj situaciji postupala isključivo u skladu sa sopstvenim interesom, Nešov ekvilibrijum koji dosegnu je Pareto suboptimalan<sup>17</sup> (NK: NK, to jest obojica priznaju/ne saraduju, i dobijaju svaki po pet godina zatvora.). Oba igrača bi bila bolja ukoliko bi oba izabrala K (kooperaciju, to jest da niko ne prizna, u kom slučaju bi obojica imala -1 ; -1).

Pritvorenikova dilema je model u kojem je individualna racionalnost u konfliktu sa kolektivnom racionalnošću. Igra jasno pokazuje da grupa racionalnih egoista može da završi gore nego grupa ljudi koja *prima facie* funkcioniše suprotno svom sopstvenom interesu. Koristeći jednostavne igre kao što je pritvorenikova dilema, teorija demonstrira zašto društvo, pa i pravo ima potrebu koordinacije jednako kao i mehanizme za kooperaciju.

*Jednokratna i višekratna pritvorenikova dilema.* – Postoje dva tipa pritvorenikove dileme: jednokratna i višekratna<sup>18</sup>. Kod jednokratne pritvorenikove dileme igra se odvija samo jednom. Višekratna pritvorenikova dilema karakteriše se ponavljanjem iste igre između igrača.

Dominantna strategija<sup>19</sup> kod jednokratne pritvorenikove dileme je nekooperacija. Ovo rešenje je suboptimalni Nešov ekvilibrijum. Navedeno rešenje rezultat je činjenice da kod jednokratne pritvorenikove dileme igrači nemaju širi okvir podoban za strateško obavezivanje u budućnosti.

Za razliku od jednokratne, višekratna pritvorenikova dilema obezbeđuje vremenski okvir (s obzirom da se ista igra ponavlja više puta između istih igrača) za razvijanje kooperacije između aktera. Kooperacija (za razliku od igre u formatu jednokratne pritvorenikove dileme) u ovom slučaju jeste održiva: znajući da imaju veću korist iz buduće saradnje sa drugom stranom, igrači su podstaknuti da zanemare kratkoročnu dobit koja bi mogla da se obezbedi kroz nekooperaciju. Akteri igre u formatu višekratne pritvorenikove dileme očekuju da njihova konkretna interakcija (igra) bude samo jedna iz serije budućih igara.<sup>20</sup> Princip stalno-

<sup>17</sup> Više o kriterijumu Pareto optimuma videti *supra* u ovom radu u delu naslovljenom "Tipovi igara".

<sup>18</sup> D. Pavlović, *op. cit.*, str. 38.

<sup>19</sup> O pojmu dominantne strategije videti *supra* u ovom radu u delu naslovljenom "Pojam igre".

<sup>20</sup> "Kome bi se pre moglo verovati: mehaničaru na koga ste naišli tokom svog putovanja, ili mehaničaru sa kojim se vidate svakog dana i koji stanuje na uglu vaše ulice?" Robert Axelrod, William D. Hamilton. "The Evolution of cooperation." *Science* 211, No. 4489, str. 1390–1396

sti i trajnosti je izrastao u aksiom teoretičara teorije igara: jednokratna interakcija ohrabruje nekooperaciju; višekratna interakcija je podsticaj za kooperaciju.<sup>21</sup>

#### SPORAZUM O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU U KONTEKSTU TEORIJE IGARA

Javno-privatno partnerstvo (e. *Public-Private Partnership*; dalje i: JPP) okvir je zajedničke akcije javnog sektora (oličenog u državi i njenim različitim emanicijama) i privatnog kapitala sa ciljem obezbeđenja funkcionisanja delatnosti od opšteg interesa, te efikasnog i ekonomski održivog razvoja infrastrukture.

Odnos javnog i privatnog partnera prožet je tenzijom generisanom iz njihovih suprotnih interesa. Prvi su usmereni ka zaštiti, sprovođenju i razvoju javnog interesa. Drugi su, pak, zasnovani na kriterijumu ostvarivanja ekonomski merljive koristi privatnih subjekata. Gore opisana razlika, *prima facie*, čini temeljno pitanje na koje se ima odgovoriti i, između ostalog, putem adekvatnog pravnog strukturiranja javno-privatnog partnerstva. Uključivanje teorije igara u analitički okvir javno-privatnog partnera opravdava činjenica da javno-privatno partnerstvo nastaje i zasniva se kroz strategijsku interakciju i konflikte između privatnih i javnih subjekata. Činjenica da od “kooperacije” i “konflikta” racionalnih donosilaca odluka (javnog i privatnog aktera), zavisi uspeh JPP-a, čini teoriju igara podobnim i potrebnim analitičkim okvirom za studiju interakcije i dinamike među subjektima javno-pravnog partnerstva u cilju razumevanja i definisanja njihovih odgovarajućih strategija.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Model koji se pokazao kao efikasan za podsticanje kooperacije kod višekratne pritvorenikove dileme je sistem “tit-for-tat”. Reč je o strategiji prema kojoj igrač A saraduje u igri (kooperira) sve dok i drugi igrač B čini to isto. Igrač A bira drugu opciju (opciju nesaradnje, nekooperacije) isključivo ukoliko igrač B izabere strategiju nesaradnje umesto kooperacije. Time se igrač B koji ne saraduje sankcioniše u budućem periodu. Ukoliko igrač B u budućim igrama ponovo izabere saradnju, igrač A se vraća na strategiju kooperacije. U tom smislu se Tit-for-tat razlikuje od “Grim” strategije prema kojoj u slučaju da igrač B izabere nesaradnju, igrač A takođe počinje da se ponaša u skladu sa strategijom nekooperacije bez vraćanja na strategiju saradnje, šta god da igrač B učini u budućnosti. V. Baird, Gertner, Pickner, *op. cit.*, str. 316.

<sup>22</sup> Na ovom mestu važno je naglasiti da ugovor o JPP-u ima karakter relacionog ugovora. Teoriju relacionih ugovora artikulirao je i razvio pravni teoretičar iz Sjedinjenih Američkih Država, Jan Mcknil (Ian Macneil). Polazna pretpostavka teorije jeste da spektar ugovornih odnosa razlikuje ugovore sa preovlađujuće transakcionim pristupom (transakcioni ugovori) i preovlađujuće relacionim pristupom (relacioni ugovori). Transakcioni ugovori nastali su kao instrument uređivanja transakcija koje su vremenski ograničene (odvijaju se jednokratno), pri čemu se jedan tip transakcije odvija (ponavlja u svojim osnovnim karakteristikama) u većem broju slučajeva između različitih učesnika na tržištu. Tipičan primer transakcionog ugovora je ugovor o prodaji robe. Kod relacionih ugovora, ugovarači uzajamno anticipiraju buduće kooperativno ponašanje u realizaciji ugovora.

*Karakteristike JPP-a kao "igre"*

*JPP kao igra sa nepotpunom informacijom.* – Javno-privatno partnerstvo se, u kontekstu terminologije teorije igara, smatra igrom sa nepotpunom informacijom.<sup>23</sup> Igra sa nepotpunom informacijom postoji ukoliko je barem jedan akter (u slučaju JPP-a javni ili privatni) nesiguran u pogledu strukture igre odnosno koristi koju će on ili drugi igrač imati kao rezultat igre. Igra sa potpunom informacijom nastupa kada je pitanje strukture igre i dobiti za svakog igrača opšte poznata činjenica. Ključni razlog za to je što JPP karakteriše asimetričnost informacija između aktera. Značaj teorije igara se ogleda u potrebi prevazilaženja ove asimetrije.<sup>24</sup> Opisana asimetrija postoji kako kod javnog, tako i kod privatnog aktera: obe strane imaju "prednost u informacijama" u određenim segmentima.<sup>25</sup> Asimetričnost se otklanja kooperacijom uključenih aktera.

Međuzavisnost kreira veze i zajedničke procedure. Ugovarači nemaju nameru da čitava budućnost bude predmet regulisanja. Umesto toga, ugovorni odnos se sagledava kao tekuća integracija ponašanja koje raste i menja se sa događajima u predvidljivoj budućnosti. Strane definišu samo ključne obaveze, dok su ostale predmet budućeg usklađivanja: razlog izostanka potpunog definisanja prava, obaveza i odgovornosti leži u činjenici da je detaljno planiranje navedenih pitanja finansijski, epistemološki i logistički neodrživo do mere da obesmišljava ugovor. V. Ian R. Macneil, "Restatement (second) of Contracts and Presentiation", *Virginia Law Review*, br. 60, 1974, str. 589-610, na strani 593. Teorija igara ima značajniju ulogu kod relacionih ugovora nego kod ugovora koji se smatraju transakcionim: razlog za ovaj stav leži u karakteristikama relacionih ugovora (dugotrajnost, razlika u prirodi aktera i angažovanih interesa, te potreba da se ustanovi kooperacija kako bi ugovor opstao).

<sup>23</sup> O podeli igara na potpune i nepotpune informacije videti *supra* u ovom radu u delu naslovljenom "Tipovi igara".

<sup>24</sup> V. više u: Predrag Cvetković, Srđan Golubović, "Samoinicijativni predlog kao instrument realizacije javno-privatnog partnerstva", *Pravo i privreda* br. 4-6/2013, Godina XLX, Udruženje pravika u privredi Republike Srbije, Beograd, str. 476-490.

<sup>25</sup> Asimetričnost informacija u korist javnog sektora u poređenju sa privatnim akterom ilustruje se sledećim primerom: javno telo raspolaže znanjem o kvalitetu postojeće infrastrukture (npr. kod vodosnabdevanja lokalne samouprave imaju sopstveno, "privatno" znanje o kvalitetu infrastrukture-pumpnih i mernih sistema, cevovoda i slično). Opisano znanje je u asimetriji sa znanjem privatnog aktera, koji u odsustvu transparentnih i dostupnih podataka o kvalitetu infrastrukture odustaje od provere informacija o karakteristikama i strukturi postojećih objekata ili područja (zemljišta, prirodnih resursa) na kojima se JPP projekat realizuje. Razlog odustajanja najčešće leži u troškovima takvog ispitivanja. Asimetričnost informacija u korist privatnog aktera zasnovana je na činjenici njegove "ekspertske" (epistemološke) legitimacije. Naime, privatni akter, za razliku od javnog (pri čemu je nedostatak ekspertize na strani javnog tela posebno eklatantan kod država u tranziciji) poseduje posebna znanja u pogledu načina finansiranja i tehnološkog aspekta određenog projekta. Javni partner, pak, nema puno saznanje o nivou tehnoloških mogućnosti privatnog aktera, strukturi njegovih troškova, niti očekivanim nivoom produktivnosti projekta (što su znanja koja poseduje privatni partner).

Posledica asimetričnosti informacija jeste nekompletnost ugovora između javnog i privatnog aktera o realizaciji JPP projekta. "Nekompletni sporazum" naziv je za ugovor čijim se odredbama, zbog složenosti predmeta i dugotrajnosti sprovođenja (što je karakteristika ugovora o JPP), u trenutku zaključenja ne mogu predvideti sve okolnosti koje prate njegovu realizaciju. Naime, javni partner zna koji cilj želi da postigne konkretnim projektom (na primer, viši nivo kvaliteta daljinskog grejanja, ušteda električne energije, efikasnost gradskog osvetljenja, moderna parking garaža). Znanju o cilju, međutim, nije komplementarno znanje o metodama, parametrima i finansijskim odnosno logističkim resursima neophodnim za njegovu realizaciju.<sup>26</sup> Za privatnopravnog partnera ova nekompletnost posledica je već opisane asimetrije informacija o karakteristikama infrastrukture koje su "privatno znanje" javnog aktera.

*Javno-privatno partnerstvo: pomeranje od "Nešovog ekvilibrijuma".* – Javno-privatno partnerstvo se u kontekstu teorije igara smatra igrom sa varijabilnim (e. "Non-zero-sum game") ishodom.<sup>27</sup> Uspeh javno-privatnog partnerstva, dakle, može da se ostvari ukoliko se sagledava kao igra sa varijabilnom sumom koja kao jedan od ishoda ima dobitak (e."pay-off") za obe strane. Ključna teškoća u ovom smislu jeste kako da se prevaziđe da strane prilikom zasnivanja i realizacije JPP-projekta koriguju sopstvene partikularne interese u pravcu ostvarivanja zajedničkog interesa od koga oba "igrača" (javni i privatni partner) imaju korist.

---

<sup>26</sup> Pri tome je osnovni cilj i javnopravnih i privatnopravnih aktera da "moralni hazard" koji preuzimaju bude smanjen na najmanju moguću meru (ako ne i eliminisan). "Moralni hazard" na strani javnopravnih subjekata ogleda se u poverenju da će akter iz privatnopravnog sektora težiti ostvarivanju javnog, a ne isključivo privatnopravnog interesa. Privatnopravni subjekt, pak, deluje u uverenju da će biti tretiran ravnopravno u partnerstvu usmerenom ka ostvarivanju javnog interesa (pri čemu će njegov privatni interes biti uvažavan u meri u kojoj služi ostvarivanju, takvog, javnopravnog interesa).

<sup>27</sup> Osnov za stav o navedenom ovom karakteru leži u sagledavanju javno-privatnog partnerstva kao rezultata zasnovanog na primeni teorije međuzavisnosti izvora (e."Resource Dependency Theory"). Teorija međuzavisnosti izvora je teorija koja analizira u kojoj meri eksterni resursi organizacije/institucije utiču na njeno funkcionisanje. Ključni argumenti teorije međuzavisnosti izvora su: zavisnost organizacije/institucije od eksternih izvora; činjenica da eksternim izvorima upravlja druga organizacija/institucija; pravna samostalnost organizacija/institucija praćena faktičkom međuzavisnošću: naime, i pored pravne samostalnosti, postoji zavisnost organizacije B od organizacije A. Ova zavisnost bazirana je na činjenici da je uspeh (inače pravno samostalne) organizacije B uslovljen korišćenjem eksternih izvora kojima upravlja organizacija A. U kontekstu javno-privatnog partnerstva, međuzavisnost resursa je rezultat: potrebe javnog aktera kao "institucije" za resursima privatnog porekla i potrebe privatnog aktera da ostvari pristup javnom sektoru kao resursu za sticanje profita. V. Jeffrey Pfeffer, Gerald R. Salancik, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*. Stanford University Press, 2003.

Kolektivni interes ne može da se ostvari insistiranjem na pojedinačnim. U kontekstu teorije igara, ukoliko se projekat JPP-a (a kasnije i ugovor koji ga reguliše) sagledava isključivo na osnovu pojedinačnih interesa, rezultat će biti Nešov ekvilibrijum: navedena ravnoteža nastaje kada ni jedan od učesnika u "igri" ne može da ima korist od izmene samo sopstvene strategije i ponašanja. Javni partner ostaje suvereni gospodar javnog sektora, ali izostaje njegov pristup resursima privatnog porekla. Privatni partner, pak, zadržava resurse koje je mogao da plasira u javni sektor. Izostaje dodata vrednost u smislu varijabilnog ishoda koji bi doprineo kvalitetnijem obavljanju usluga i delatnosti od javnog interesa. U smislu teorije igara, ovaj, društveno poželjni rezultat u projektu JPP-a može da se ostvari isključivo putem kooperacije. Za tako nešto potrebno je da se strane podstaknu da učine odmak od ponašanja koje vodi Nešovom ekvilibrijumu kao rešenju koje je neefikasno posmatrano iz vizure ostvarivanja javnog interesa.

Navedeni odmak zahteva određene obaveze i dužnosti koje se imaju inkorporirati u ugovor o javno-privatnom partnerstvu. Ove obaveze javljaju u formi obaveze poverenja, obaveze postupanja u skladu sa načelom savesnosti i poštenja (dobre vere), obaveze prihvatanja potrebe "razumnog" ponašanja (određivanje "razumnog roka", određivanje "razumno prema okolnostima" i slično). Time ugovor postaje okvir razmene koja nije zasnovana na "zero sum" principu, već one kod koje uspeh jednog aktera znači i uspeh drugog. JPP ugovor kreiranjem pravno obavezujućeg pravnog okvira čini da strane izaberu pravu strategiju a da ne budu uhvaćene u pritvorenikovo dilemi: da li da sarađuju u cilju ostvarivanja zajedničke koristi ili da maksimiziraju sopstvenu igrajući ka ostvarivanju Nešovog ekvilibrijuma koji je neefikasan kao rezultat igre (dobit od igre koja se okončava Nešovim ekvilibrijumom manja je za oba igrača nego što bi to bio slučaj da je njihovo ponašanje zasnovano na realizaciji kolektivnog/javnog interesa.

Pomeranje od Nešovog ekvilibrijuma ka ravnoteži igre zasnovanoj na kooperaciji zahteva određenu strukturu ugovora o JPP-u: potrebno je da se njime iscrpno definišu mehanizmi obaveštavanja o okolnostima značajnim za realizaciju ugovora, davanja saglasnosti na određena tehnološka rešenja, razmene informacija sa jasnim rokovima i slično. Sve ovo mora da bude praćeno odgovarajućim sankcijama kao podsticajnim mehanizmom za kooperaciju javnog i privatnog partnera. Time se omogućava da strane sopstvenu, na partikularnim interesima zasnovanu racionalnost zamene zajedničkim interesom koji u krajnjem donosi viši nivo dobiti za svaku od njih. Da bi ostvario ovu funkciju, ugovor o JPP-u mora da sadrži navedene podsticaje paralelno sa kaznenim odredbama o kršenju



ugovora i nadoknadi štete. Potrebno je da se definišu tačke koje će biti predmet svakodnevnog sagledavanja, uz opis (početak i okončanje) faza nakon kojih se realizacija projekta procenjuje iz ugla interesa strana. Pomeranjem od neefikasnog Nešovog ekvilibrijuma ka kooperativnom modelu, odnos privatnog i javnog partnera omogućava da se razvija i ostvaruje određeni rezultat igre (opšti interes, viši nivo dobiti za oba aktera): sporazum o javno-privatnom partnerstvu i sam odnos partnera dobijaju formu kooperativne igre.<sup>28</sup>

*Javno-privatno partnerstvo kao igra u formi višekratne "prtvorenikove dileme"*. – Kod igre u formi višekratne prtvorenikove dileme, ponašanje igrača je pod "senkom budućnosti": naime, pravilo je da je opisana igra sama po sebi podsticaj za saradnju.<sup>29</sup> Situacije u kojima postoji visoka verovatnoća budućih interakcija sadašnjih aktera igre, a time i budući značaj sadašnjeg ponašanja, podstiču kooperaciju a time i optimalnu ravnotežu (jednokratne igre imaju nultu verovatnoću budućih interakcija: stoga je vrednost buduće koperacije takođe nula). U teoriji igara, međutim, važi princip da podsticaj za kooperaciju u kontekstu višekratnih igara postoji isključivo ukoliko igrači ne znaju kada će se igra završiti (kada nastupa zadnja iteracija). U suprotnom, strana koja ima znanje o zadnjoj iteraciji u stanju je da predvidi ishod igre i da se shodno tome ponaša: "domino" efekat je da strana kalkuliše ishod zadnje iteracije i postupajući prema svom interesu preduzima radnju koja predstavlja ovu optimizaciju. Princip pri ovoj kalkulaciji je da igrač koji ima poslednju iteraciju (ima poslednji "potez" u igri) u prednosti. Radi se o retrospektivnoj analizi koja anticipira "poslednji izbor" igrača i prevenira štetne posledice tog izbora za sopstveni interes.

Zadnja iteracija je ta koja poslednjem igraču daje prednost: u kontekstu instituta javno-privatnog partnerstva, i javni i privatni partner pokušaće da u dinamici igre sačuvaju pravo tog izbora. Navedena situacija vodi nastanku problema "ograničenja izbora" (e. "hold-up" problem). Suštinski, problem ograničenja izbora u kontekstu javno-privatnog partnerstva je situacija u kojoj javni partner omogućući da privatni partner uloži novac u projekat JPP-a, nakon čega privatni partner izvrši modifikaciju distribucije koristi na način da ima viši nivo dobiti od projekta nego što je to opravdano ulaganjima koja je učinio. "Hold up" problem je oblik oportunitizma jedne od ugovornih strana koji nastaje zbog specifične svrhe elementa transakcije. Stoga je druga strana u nefleksibilnoj poziciji (bez alternativnih

---

<sup>28</sup> V. izlaganje *supra* u u ovom radu u delu naslovljenom "Tipovi igara"

<sup>29</sup> Više o razlici jednokratne i višekratne igre u formi "prtvorenikove dileme" v. *supra* u u ovom radu u delu naslovljenom "Jednokratna i višekratna prtvorenikova dilema".

opcija). U kontekstu JPP-a specifičnost se pre svega odnosi na tehnologiju, ljudski kapital, “*know-how*” privatnog partnera. Uspeh investicije javnog partnera zavisi od ponašanja vlasnika druge imovine (privatnog partnera) koji ima znanja i sposobnosti koja se ne mogu supstituisati na tržištu.<sup>30</sup>

“*Hold-up*” problem može da se reši odgovarajućom strukturom ugovora o JPP-u. Najpre, ugovornim klauzulama može se obezbediti da javni partner zadrži korist od rezultata JPP-a. Na primer, ukoliko se radi o javno-privatnom partnerstvu iz oblasti upravljanja otpadom, javni partner može sprečiti oportunitet time što će zadržati pravo svojine na svim postrojenjima i mehanizaciji privatnog partnera u momentu raskida. Time se verovatnoća oportunog ponašanja privatnog partnera značajno smanjuje. Primer klauzule koja omogućava zadržavanja koristi javnog partnera od JPP projekta je i odredba ugovora kojom se uređuje pitanje prenosa prava na realizaciju javno-privatnog partnerstva sa postojećeg na novog privatnog partnera, izabranog nakon što je došlo do raskida ugovora sa postojećim privatnim partnerom.

Naime, realizacija projekta javno-privatnog partnerstva zahteva saradnju između javnog i privatnog partnera, tokom koje potonji stiče određena znanja o potrebama i načinima ispunjenja obaveza prema javnom partneru. Ova su znanja specifična: radi se o “*know-how*”-u koji se stiče tokom realizacije ugovora. Za prenos ovih znanja potreban je aktivan odnos nosioca tog znanja (prvobitnog privatnog partnera). Taj aktivan odnos mora da bude utvrđen kao njegova ugovorna obaveza, praćena određenom sankcijom za slučaj da prvobitni privatni partner

<sup>30</sup> Situacije “ograničenja izbora” u kontekstu javno-privatnog partnerstva ilustriraće se projektom JPP-a u sektoru vodosnabdevanja. U državama gde preovlađuje potpuno učešće javnog sektora u vodosnabdevanju, cene ovih usluga se najčešće kreću, usled političkih i socio-ekonomskih razloga, i ispod troškova održavanja. S obzirom na socio-ekonomsku osetljivost navedenog pitanja, nije opravdano očekivanje privatnog investitora da će isporučenu vodu moći da naplati po ceni izračunatoj u skladu sa formulom za formiranje tržišne cene. Čak i u slučaju učešća privatnog partnera, cene usluga ne bi trebalo da pređu nivo koji je neophodan da sistem bude samoodrživ, omogućujući pokrivanje troškova, ispunjenje fiskalnih obaveza i ostvarivanje određene margine profita. Međutim, privatni partner po pravilu povećava cene usluga koje su na samom početku perioda eksploatacije utvrđene na nižem nivou. Opisano ponašanje posledica je taktike privatnih kompanija da u prvo vreme zadrže postojeće, po pravilu niske cene, imajući na umu da će tokom proteka vremena doći do ponovnog pregovaranja i ugovaranja novih, većih cena. U tom slučaju javna vlast dolazi u poziciju da je privatni partner ucenjuje raskidom ugovora, što se u većini slučajeva ekonomski i politički neprihvatljivo i neisplativo za javnopravnog aktera. Usled takvih pritiska, vlast pristaje na promenu ugovora i privatni partner je u poziciji da poveća cene usluga. V. Jennifer Davis, “Private-sector Participation in the Water and Sanitation Sector”, *Annu. Rev. Environ. Resour.* 2005. 30:145–183, na strani 153–166.

ne ispuni obaveze u tranzicionom periodu (periodu prenosa ugovora sa starog na novog privatnog partnera). Navedena sankcija mora biti realno sprovodljiva i autonomna od sudskog mehanizma (npr. zadržavanje određenog dela cene u slučaju da prvobitni privatni partner ne ispuni svoje obaveze u tranzicionom periodu).<sup>31</sup>

Oportunističko ponašanje može se sprečiti time što se potencijalno oportunom privatnom partneru stavlja u izgled obaveza da plati cenu sopstvenog oportunizma. Tako se ugovornim klauzulama može definisati obezbeđenje javnog partnera putem plaćanja novčane nadoknade u slučaju raskida ugovora. Opisano obezbeđenje mora biti kredibilno: kredibilno obezbeđenje je ono koje omogućava da javni partner bude u potpunosti kompenzovan u slučaju da druga strana raskine ugovor pre vremena (npr. obaveza plaćanja ugovorne kazne za raskid ugovora koju ima platiti privatni partner koji neopravdano raskine ugovor). U pravnom smislu, kredibilno obezbeđenje je ono koje čini raskid ugovora neodrživim iz perspektive strane koja je oportuna. Za javnog partnera, pravna kredibilnost je posledica ekonomske kredibilnosti. Navedena ekonomska kredibilnost obezbeđenja čini da raskid ugovora više nije profitabilna opcija za privatnog partnera, čime se smanjuje mogućnost njegovog oportunizma.

---

<sup>31</sup> Primer operacionalizacije pristupa koji počiva na potrebi kredibilnog obezbeđenja odgovarajuće tranzicije sa postojećeg na novog privatnog partnera promovise i Svetska banka kroz model ugovora o projektovanju, gradnji i eksploataciji postrojenja za upravljanje otpadom (e. "Sample Contract to Design, Build and Operate a Solid Waste Disposal Facility"; dostupan na adresi: <http://www.worldbank.org/en/topic/publicprivatepartnerships>; dalje i: Model ugovora). Ovim dokumentom predviđa se obaveza privatnog partnera da javni partner ima pravo da koristi ugovorne dokumente i izveštaje i učini ih dostupnim kroz publikovanje ili na drugi način potencijalnim ponudiocima u postupku izbora budućeg privatnog partnera (v. čl. 1. 10. 1. e Modela ugovora). Predviđena je obaveza privatnog partnera da na osnovu pisanog zahteva javnog partnera, najkasnije 60 dana pre isteka ugovora, bez naknade pruži svu nepohodnu pomoć javnom partneru u cilju obezbeđenja uslova za tranziciju postrojenja za upravljanje otpadom sa dosadašnjeg na novog privatnog partnera (v. čl. 2. 3. 2. Modela ugovora). Takođe, model ugovora predviđa da je "potpisivanjem ugovora privatni partner na javnog partnera preneo neprekinutu, transferibilnu, neisključivu i besplatnu dozvolu za kopiranje, korišćenje i činjenje dostupnim projektne i druge dokumentacije, uključujući i njene izmene i saopštavanje projektnih dokumenata, uključujući njihove modifikacije. Ova dozvola (...) ovlašćuje javnog partnera da i projektnu i i drugu dokumentaciju učini dostupnom za pregled potencijalnog ponudioca (...)" (v. čl. 3. 1. (b) (iv) Modela.

PREDRAG CVETKOVIĆ, LL.D.,  
Full Professor, Faculty of Law,  
University of Niš

GAME THEORY AS A METHOD OF STRUCTURING  
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS

Summary

The application of game theory aims to advance the understanding of genuine social relationships: the roles of subjects of those relationships, the tensions and conflicts they generate. The foregoing issues are analysed by game theory through creation of certain models of behaviour. Applied in legal discourse, game theory explains the behaviour of the actors of the respective legal system. In the context of game theory, legal rules should be considered as rules of the game that take place among different actors. Analysis in the light of game theory identifies the circumstances under which the law is influenced or altered by the behaviour of the participants in the game. Game theory has a useful role in defining legal rules: it explains why actors in a legal relationship behave in a certain way, but also predicts their future behaviour. The game theory's significance for legal discourse is in enabling a norm to be established, applied and evaluated having in mind its true role and effect it has on the issue concerned. The paper highlights the importance of applying the "prisoner dilemma" model in the context of a PPP agreements' design and its role in optimizing the public interest as a key element of a PPP.

*Key words:* game theory; Nash equilibrium, prisoner's dilemma, Public-private partnership

DIJANA MARKOVIĆ BAJALOVIĆ

## ARBITRABILNOST SPOROVA IZ PRAVA KONKURENCIJE RATIONE MATERIAE

*Poslednjih decenija primetna je tendencija da se pitanja iz domena javnog prava uključuju u arbitražno rešavanje sporova. Pravo konkurencija spada u domen javnog prava, ali povrede konkurencije stvaraju osnov za građanskopravnu zaštitu oštećenih lica, koja se može ostvarivati putem suda ili arbitraže. U SAD i Evropskoj uniji je nesporno da se imovinskopravni zahtevi proistekli iz povreda konkurencija mogu ostvarivati u arbitražnom postupku, pri čemu arbitraža može odlučivati o postojanju povreda konkurencije kao o prethodnom pitanju. Zaštita javnog interesa ostvaruje se u postupku poništaja, odnosno priznanja i izvršenja arbitražne odluke. Evropski sud pravde smatra da član 101 Ugovora o funkcionisanju EU predstavlja deo javnog poretka država članica, o čijoj povredi sudovi moraju voditi računa ex offio. Nacionalni sudovi sužavaju domen primene ovog instituta samo na flagrantna kršenja člana 101 UFEU. Strana sudska praksa može biti uzor našim sudovima ukoliko budu u prilici da rešavaju o pitanju poništaja ili priznanja i izvršenja arbitražnih odluka u materiji prava konkurencije.*

*Ključne reči: arbitrabilnost spora, pravo konkurencije, javni poredak, norme neposredne primene*

### U V O D

Pravo konkurencije pripada sferi javnog prava, prevashodno zato jer se normama ove grane prava štiti javni interes – interes uspostavljanja i očuvanja efektivne tržišne konkurencije. Konkurencija može biti narušena radnjama učesnika

---

Dr Dijana Marković Bajalović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

tržišne utakmice – aktima *iure gestionis* radnjama organa javne vlasti – aktima *iure imperii*. Pravo konkurencije u užem smislu uređuje ponašanja učesnika tržišne utakmice – privrednih društava, preduzetnika, ostalih fizičkih i pravnih lica i njihovih udruženja kada istupaju na tržištu, sankcionišući radnje ili akte kojima se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija. Predmet našeg rada je arbitralnost sporova u materiji prava konkurencije shvaćenog u užem smislu.

#### JAVNOPRAVNA I PRIVATNOPRAVNA PRIMENA PRAVA KONKURENCIJE

Pravo konkurencije definisano na navedeni način u Evropskoj uniji uređeno je čl. 101–106 Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU) i sekundarnim aktima Saveta i Komisije EU. Kod nas, osnovni izvor je Zakon o zaštiti konkurencije<sup>1</sup> i podzakonski akti doneti na osnovu njega, koji su u značajnoj meri usklađeni sa pravom EU, u skladu sa obavezama proizašlim iz Sporazuma o pridruživanju i stabilizaciji. Krivični zakonikom RS propisano je krivično delo zaključenja restriktivnog sporazuma.<sup>2</sup> Tri su grupe ponašanja tržišnih učesnika koja su regulisana u evropskom pravu konkurencije i našem pravu: zloupotreba dominantnog položaja,<sup>3</sup> sporazumi kojima se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija (restriktivni sporazumi)<sup>4</sup> i koncentracije učesnika na tržištu.<sup>5</sup>

Pravo konkurencije u evropskim zemljama primenjuju upravni organi i specijalizovani sudovi,<sup>6</sup> a u nekim pravnim sistemima, među kojima je i pravni sistem Srbije, za primenu prava konkurencije zaduženi su, pored upravnih, i krivični organi. Norme prava konkurencije su kogentne prirode. Otuda, na prvi pogled, arbitražno rešavanje sporova i pravo konkurencije predstavljaju međusobno uda-

<sup>1</sup> Sl. glasnik RS, br. 51/2009 i 95/2013, dalje ZZK.

<sup>2</sup> Čl. 229 Krivičnog zakonika RS, Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005-ispr, 107/2005-ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

<sup>3</sup> Čl. 102 UFEU i čl. 16 ZZK.

<sup>4</sup> Čl. 101 UFEU i čl. 10 ZZK.

<sup>5</sup> Uredba EU 139/2004 (*Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, O.J. L 24/2004), čl. 17-19 ZZK.

<sup>6</sup> Na primer, u Francuskoj, za primenu prava konkurencije nadležan je u prvom stepenu organ uprave, a u drugom stepenu specijalizovano veće Apelacionog suda u Parizu. Slično rešenje postoji i u Nemačkoj, gde u prvom stepenu odlučuje upravni organ – *Bundeskartellamt*, a u drugom stepenu kartelno veće Višeg zemaljskog suda u Diseldorfu. U Austriji, odluke u prvom stepenu donosi kartelno veće Višeg zemaljskog suda u Beču, po tužbi upravnog organa – *Bundeswettbewerbshörde*. Slično rešenje postoji i u Švedskoj. U Velikoj Britaniji, za primenu prava konkurencije nadležna je u prvom stepenu Komisija za konkurenciju, a u drugom stepenu Apelacioni tribunal za konkurenciju (*Competition Appellate Tribunal*).

ljene pravne sfere.<sup>7</sup> Drugi pogled se otvara kada se uzme u obzir da tržišna ponašanja sankcionisana u pravu konkurencije izazivaju privatnopravne posledice, pa time imogućnost da se sporna pitanja poveru na rešavanje građanskim sudovima ili arbitražama. Jedan od primera za to je mogući spor za naknadu štete koji kartel proizvođača ili trgovaca prouzrokuje svojim kupcima i potrošačima, u vidu naplaćene više (monopolske) cene za kupljenu robu ili usluge. Drugi primer je ugovor između privrednih subjekata sa klauzulama koje imaju ograničavajući efekat na konkurenciju. Te klauzule ili čitav ugovor sankcionisani su ništavošću, što je sankcija građanskog prava. Ugovorne strane mogu odbiti izvršenje ugovora pozivajući sa na to da su njegove klauzule zabranjene u pravu konkurencije. Strana koja je prouzrokovala zaključenje ništavog ugovora odgovaraće drugoj strani za prouzrokovanu štetu na osnovu opštih pravila obligacionog prava.

Opterećenost konkurencijskih organa velikim brojem slučajeva dovela je do toga da se poslednjih decenija u Evropi aktueliziralo pitanje privatnopravne zaštite konkurencije. Javnopравни organi nemaju dovoljno resursa da sankcionišu sva zabranjena ponašanja. Oni vrše prioritizaciju slučajeva, fokusirajući se na one sa značajnim štetnim efektom na konkurenciju. Učesnicima na tržištu koji su oštećeni zabranjenim ponašanjima njihovih konkurenata ili ugovornih partnera, a koja ne gone nadležni organi javnog prava, ostaje mogućnost da pred građanskim sudovima pokreću sporove i ostvaruju svoje privatnopravne zahteve proistekle iz povreda prava konkurencije. Evropski sud pravde je još 1973. godine u slučaju *BRT v. SABAM* istakao da zabrane predviđene odredbama o konkurenciji osnivačkog ugovora po svojoj prirodi izazivaju neposredne efekte u odnosima između pojedinaca, čime stvaraju direktna prava za pojedince koja nacionalni sudovi moraju poštovati.<sup>8</sup> U nedostatku komunitarnih pravila, pravo je svake države članice da odrede sudove ili tribunale koji će biti nadležni da odlučuju o tim pravima.<sup>9</sup>

Uredbom EU1/2003<sup>10</sup> izričito je uređeno pravo nacionalnih sudova država članica EU da primenjuju odredbe UFEU i nacionalnih zakona o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja i sporazuma kojima se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija.<sup>11</sup> Direktivom iz 2014. godine posebno je uređeno ostvarivanje

---

<sup>7</sup> "Naime, smatra se da su arbitrabilni sporovi u kojima je dominantan privatni interes, dok se to ne može reći za sferu gde je jako izražen javni (državni) interes." Gašo Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Beograd, 1999, s. 51.

<sup>8</sup> *BRT v. SABAM*, 127/73, 1974, ECR 51.

<sup>9</sup> *Courage v. Crehan*, C-453/99, 2001, ECR I-6297.

<sup>10</sup> *Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, O.J. L 1/2003.

<sup>11</sup> Član 6 Uredbe 1/2003.

prava na naknadu štete prouzrokovane povredama odredbi UFEU o pravu konkurencije pred nacionalnim sudovima ili tribunalima.<sup>12</sup> Direktivom 2014/104 se pojam tribunala definiše pozivanjem na čl. 267 UFEU, koji uređuje pravo nacionalnih sudova ili tribunala da traže preliminarno mišljenje od Suda pravde EU. U praksi Suda pravde postavilo se pitanje dali se arbitraže mogu podvesti pod pojam tribunala u smislu tog člana? Sud pravde je u slučaju *Vaassen Göbbels*<sup>13</sup> našao da arbitražni sud za rešavanje sporova između penzionog fonda i osiguranika predstavlja tribunal u smislu čl. 267 UFEU. Osobenost ove arbitraže ogledala se u tome što je njene članove imenovao državni organ nadležan za nadzor fonda obaveznog osiguranja. Nadležnost arbitraže za rešavanje sporova između osiguranika i fonda je bila obavezna. U kasnijim slučajevima, Sud pravde je napravio otklon u odnosu na arbitraže čija se nadležnost zasniva na sporazumu stranaka, ustvrdivši da one nisu obuhvaćene pojmom tribunala u smislu čl. 267 UFEU. Tako je u slučaju *Nordsee*,<sup>14</sup> Sud pravde istakao da arbitraže formirane sporazumom stranaka nemaju javnopravni karakter i zbog toga nisu odgovorne da se staraju o izvršenju obaveza iz osnivačkih akata EU. Privatne arbitraže nisu ustanovljene zakonom i nemaju kogentnu nadležnost za rešavanje sporova na osnovu zakona države članice EU.<sup>15</sup> Shodno tome, nema ni obaveze Suda pravde da postupi po zahtevu za preliminarno mišljenje privatne arbitraže.

Odbijanje Suda pravde da podvede privatnu arbitražu pod pojam tribunala u smislu čl. 267 UFEU ne isključuje mogućnost da se privatnopravni sporovi koji proističu iz kršenja prava konkurencije EU povere na rešavanje arbitraži. Takva mogućnost priznata je Direktivom 2014/104, u kojoj se sporazumno rešavanje sporova navodi kao alternativni metod ostvarivanja privatnopravne zaštite.<sup>16</sup>

U našem pravu, mogućnost ostvarivanja privatnopravne zaštite u oblasti prava konkurencije proističe iz opštih pravila obligacionog prava o zabrani prouzrokovanja štete i ništavosti ugovora.<sup>17</sup> Odredbe Direktive 104/2014 još uvek nisu inkorporirane u pozitivno pravo Srbije.

<sup>12</sup> *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of competition law provisions of the Member States and of the European Union*, O.J. L 349, 2014.

<sup>13</sup> *G. Vaassen-Göbbels v. Management of the Beamtenfond vor het Mijbedrijf*, C-61/65, 30-06.1966, ECR 261.

<sup>14</sup> *Nordsee v. Rederei Mond*, C-102/81, ECR I-1095.

<sup>15</sup> *Merck Canada v. Accord Healthcare Ltd et al*, 13.02.2104, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, par. 16.

<sup>16</sup> Tač. 5 Preambule Direktive 2014/104.

<sup>17</sup> Čl. 154 i 103 Zakona o obligacionim odnosima (*Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003-Ustavna povelja).



## ARBITRABILNOST SPORA

Arbitrabilnost spora je uslov zasnivanja nadležnosti arbitraže i time jedno od osnovnih pitanja koje svaka arbitraža treba da reši pre nego što se upusti u rešavanje merituma spora. Pitanje arbitrabilnosti postavlja se i kada se arbitraža okonča i zahteva priznanje i izvršenje arbitražne odluke pred nacionalnim sudom, budući da je arbitrabilnost spora jedan od uslova za priznanje arbitražne odluke.<sup>18</sup> Arbitrabilnost spora se može osporiti i u postupku za poništaj arbitražne odluke pred sudom države u kojoj je zasedala arbitraža, na osnovu pravnih pravila te države (*lex arbitri*).

Arbitrabilnost se u teoriji definiše kao ulaznica u proceduru arbitriranja,<sup>19</sup> podobnost spora da bude podvrgnuta arbitražnom presuđivanju,<sup>20</sup> skup opštih ograničenja koja se moraju poštovati za arbitražno rešavanje sporova i sl.<sup>21</sup> Razlikuju se dva vida arbitrabilnosti: objektivna i subjektivna. Subjektivna arbitrabilnost odnosi se na sposobnost stranaka da svoj spor povere na rešavanje arbitraži<sup>22</sup> i ona ostaje izvan domašaja ovog rada. Objektivna arbitrabilnost tiče se predmeta spora – pitanja dopuštenosti arbitraži da rešava određenu spornu stvar. Pojam arbitrabilnosti se često izjednačava sa ovom drugom vrstom, objektivnom arbitrabilnošću – to je, po nekim autorima, “prava” arbitrabilnost.<sup>23</sup>

Međunarodni izvori prava u oblasti arbitražnog rešavanja sporova šturo uređuju institut arbitrabilnosti, prepuštajući državama da to pitanje reše svojim nacionalnim zakonodavstvom. Tako se u Ženevskom protokolu o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine predviđa u članu 1 obaveza strana ugovornica da priznaju punovažnost sporazuma kojim stranke poveravaju spor arbitraži u trgovačkim stvarima i ostalima stvarima koje su podobne za rešavanje putem arbitraže. Svaka strana ugovornica zadržava za sebe pravo da priznanje arbitražnih odluka ograniči na ugovore koji se po njenom nacionalnom pravu smatraju trgovinskim. Njujorška konvencija o priznavanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka pitanje arbitrabilnosti uređuje sa aspekta uslova priznanja i izvršenja stranih arbitraž-

---

<sup>18</sup> Član 5 stav 2 Konvencije UN o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958.

<sup>19</sup> Tibor Varady, John Barcelo, Arthur von Mehren, *International Commercial Arbitration*, St. Paul, Minnesota, 1999, s. 220.

<sup>20</sup> Knežević, *op. cit.*, s. 51; Aćexis Mourre, “Arbitrability of Antitrust Laws from the European and US Perspectives”, u Gordon Blanke, Phillip Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: A Guide for Practitioners*, Kluwer Law International 2011, § 1-003.

<sup>21</sup> Gordana Stanković, Borivoje Starović, Ranko Keča, Nevena Petrušić, *Arbitražno procesno pravo*, Niš 2002, s. 98.

<sup>22</sup> Miodrag Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000. s. 258.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

nih odluka. Pitanje arbitrabilnosti može predstavljati razlog da država u kojoj se traži priznanje i izvršenje arbitražne odluke odbije zahtev, po dva osnova: 1) ako spor nije pogodan za regulisanje arbitražnim putem po zakonu države u kojoj se priznanje, odnosno izvršenje traži ili 2) ukoliko bi priznanje i izvršenje arbitražne odluke bilo protivno javnom poretku države u kojoj se priznanje i izvršenje traži.<sup>24</sup> Model zakon o arbitraži UNCITRAL-a gotovo da ne dotiče pitanje arbitrabilnosti, nagoveštavajući jedino da predmet arbitražnog spora mogu biti kako pitanja ugovornog, tako i vanugovornog karaktera.<sup>25</sup>

Nacionalna zakonodavstva pitanje podobnosti spora za arbitražno rešavanje uređuju na dvojak način: tako što se arbitrabilnim određuju sporovi o pitanjima kojima strane u sporu mogu samostalno raspolagati i tako što se propisuje da su arbitrabilni sporovi koji se tiču ekonomskih (finansijskih) interesa strana u sporu.<sup>26</sup> Među državama koje prihvataju prvo rešenje nalaze se Francuska, Italija, Španija, Portugal, Holandija i Japan.<sup>27</sup>

Drugu grupu država predvode Švajcarska i Nemačka. Švajcarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu predviđa da svi zahtevi koji se odnose na novac mogu biti predmet arbitraže.<sup>28</sup> Prema tumačenju Saveznog vrhovnog suda Švajcarske, to su svi sporovi koji imaju novčanu vrednost za stranke, bilo da je reč o njihovoj imovini ili o obavezama, odnosno svi zahtevi koji se mogu izraziti u novcu.<sup>29</sup> Ukoliko spor nema za predmet zahtev koji se može svesti na novčanu vrednost, on nije arbitrabilan, bez obzira što je reč o sporovima u kojima se stranke mogu poravnati.<sup>30</sup> Kada je reč o domaćim arbitražama, i dalje se primenjuje kriterijum mogućnosti dispozicije stranaka predmetom spora, koji je predviđen švajcarskim Zakonom o parničnom postupku.<sup>31</sup> Nemačka je prilikom donošenja Zakona o arbitražnom postupku 1997. godine, napustila do tada vladajući prvi način određivanja objektivne arbitrabilnosti i priklonila sa švajcarskom rešenju. Arbitrabilni su sporovi koji proističu iz novčanih potraživanja ili sporovi koji su

<sup>24</sup> Član V/2 Njujorške konvencije i član 2 stav 2 tač. b) i e) Ženevske konvencije o izvršenju stranih arbitražnih odluka.

<sup>25</sup> Član 7 tač. 2 UNCITRAL Model zakona.

<sup>26</sup> Tibor Varadi, "The Boundaries of Arbitrability", *Preoblikovanje granica arbitrabilnosti: Da li napredujemo?* (ur. Mirko Vasiljević), Beograd 2017, s. 11.

<sup>27</sup> Knežević, *op.cit.*, s. 54; takođe i Varadi, *op. cit.*, s. 11.

<sup>28</sup> Član 177 stav 1 švajcarskog ZMPP.

<sup>29</sup> *Ficantieri*, BGE 118 II 353, navedeno prema: Tanja Planinic, Florian Mohs, "Arbitrability – A Swiss Perspective", *Preoblikovanje granica arbitrabilnosti, op. cit.*, s. 110.

<sup>30</sup> Planinic, Mohs, *op. cit.*, s. 110.

<sup>31</sup> Član 354 švajcarskog Zakona o parničnom postupku. Taj kriterijum prihvata i švajcarski Federalni vrhovni sud. Navedeno prema Planinic, Mohs, *op. cit.*, s. 105.

usmereni na ostvarivanje nekog novčanog davanja.<sup>32</sup> Razlog promenjenom pristupu pojmu arbitrabilnosti su praktični problemi koji su postojali u tumačenju odredbe nemačkog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, koja je arbitrabilnost vezivala za mogućnost poravnania stranaka. Kriterijum mogućnosti postizanja ovi su postojali u tumačenju odredbe nemačkog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, koja je arbitrabilna sudske poravnania i dalje se primenjuje kao sekundaran u nemačkom pravu. Na osnovu tog kriterijuma određuje se arbitrabilnost sporova čiji predmet se ne sastoji u novcu, kao što su, na primer, sporovi u oblasti prava intelektualne svojine. Isključiva nadležnost posebne vrste sudova za rešavanje ove vrste sporova nije prepreka da se spor poveri na rešavanje arbitraži u nemačkom pravu. Ovo stoga jer se smatra da pravila o nadležnosti uređuju pitanje razgraničenja nadležnosti između sudova. Tako, na primer, arbitraža ne može postupati umesto patentnog suda u sporovima o pravima intelektualne svojine, ali može naložiti strani u arbitražnom postupku da podnese tužbu sudu za poništaj patenta.<sup>33</sup>

U pravu Srbije kumulativno se primenjuju oba kriterijuma. Zakonom o arbitraži Srbije<sup>34</sup> određeno je da se arbitraža može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima koje stranke slobodno raspoložu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost suda.<sup>35</sup> Vrhovni kasacioni sud Srbije je u sporu za poništaj arbitražne odluke koja je imala za predmet ugovor o privatizaciji između Agencije za privatizaciju i kupaca kapitala, našao da taj ugovor ima statusnopravne i imovinskopravne elemente. Kada je reč o statusnopravnim elementima, stranke njima ne mogu slobodno raspolagati i o njima arbitraža ne može odlučivati.<sup>36</sup> Srpski sud nije rešio pitanje da li bi arbitraža mogla da odlučuje o imovinskim posledicama spora statusne prirode, koje se u praksi mogu javiti? Odgovor na to pitanje je značajan za predmet našeg rada.

Kada arbitraža odlučuje o sopstvenoj nadležnosti, pitanje arbitrabilnosti rešava se prema pravu merodavnom za arbitražni sporazum. To je, u prvom redu, pravo koje su izabrale stranke kao merodavno za odnosni spor (*lex causae*) ili, u

---

<sup>32</sup> *Münchener Kommentar zur ZPO*, C.H. Beck. München, 2017, § 1030, Rn 1. Navedeno prema: Aleksandra Maganić, "Arbitrability in German, Serbian and Croatian Law", *Preoblikovanje granica arbitrabilnosti*, *op.cit.*, s. 222.

<sup>33</sup> *Ibidem*, § 1030, Rn 17–18.

<sup>34</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006.

<sup>35</sup> Čl. 5 st. 1 Zakona o arbitraži, *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006.

<sup>36</sup> Vrhovni kasacioni sud, *Prev.* 137/2014, 11.12.2014.

nedostatku izbora stranaka, pravo sedišta arbitraže (*lex arbitri*).<sup>37</sup> Prema nekim mišljenjima, arbitraža uvek treba da uzme u obzir pravo sedišta arbitraže kada odlučuje o arbitrabilnosti spora, zbog mogućnosti da druga strana zahteva poništaj arbitražne odluke pred sudom države u kome je arbitraža zasedala. Sud pred kojim se traži poništenje pitanje arbitrabilnosti rešavaće prema svom pravu (*lex fori*).<sup>38</sup> Verovatnoća poništenja arbitražne odluke ograničava mogućnost njenog “izvoza” u druge države (*Exportfähigkeit*).<sup>39</sup>

Kako je napred pomenuto, pitanje arbitrabilnosti spora može se postaviti i u postupku priznanja i izvršenja arbitražne odluke pred sudom države priznanja i izvršenja. Zbog toga je značajno pitanje da li je arbitraža prilikom odlučivanja o sopstvenoj nadležnosti dužna da uzme u obzir činjenicu da spor nije arbitrabilan prema pravu države u kojoj će se tražiti priznanje i izvršenje arbitražne odluke? Švajcarski Savezni vrhovni sud je u jednom slučaju zauzeo stanovište da ne postoji obaveza arbitara u tom smislu, ističući da pitanje arbitrabilnosti spora u švajcarskom ZMPP nije uređeno kolizionim normama, već se to pitanje neposredno uređuje (kao što to čine i druga nacionalna zakonodavstva). Otuda, kada se pitanje arbitrabilnosti rešava prema švajcarskom pravu kao merodavnom, arbitri će pitanje arbitrabilnosti rešiti primenjujući pravilo da su svi sporovi povezani sa finansijskim (ekonomskim) interesima strana u sporu arbitrabilni.<sup>40</sup>

#### PRINUDNE NORME, JAVNI POREDAK I NORME NEPOSREDNE PRIMENE

Pravo arbitraže da primenjuje kogentne norme merodavnog prava povezano je sa pitanjem objektivne arbitrabilnosti. Prethodno smo videli da se u većem broju zemalja arbitrabilnim smatraju sporovi o čijem predmetu se stranke mogu poravnati. Takvim se, redovno, smatraju sporovi u stvarima koje su uređene dispozitivnim normama.<sup>41</sup> Nedostatak ovakvog načina određenja pojma objektivne arbitrabilnosti je u tome što karakter norme kao prinudne ili dispozitivne često puta nije određen u zakonu, već o tome odlučuje sud ili arbitraža pred kojima se

<sup>37</sup> Član V/1 tač. a) Njujorške konvencije. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2013, s. 55–57.

<sup>38</sup> Jelena Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u procesu rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, s. 164–165.

<sup>39</sup> Sixto Sánchez Lorenzo, “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I”, *Yearbook of Private International Law*, 2010, s. 87.

<sup>40</sup> *Ficantieri*, BGE 118 II 353, navedeno prema Planinic, Mohs, *op. cit.*, s. 107.

<sup>41</sup> Vukadinović, *op. cit.*, s. 226; Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2013, s. 165.

pitanje postavlja.<sup>42</sup> Tako, Zakonom o parničnom postupku Srbije određeno je da sud neće dozvoliti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima.<sup>43</sup> Po mišljenju teorije, pojam javnog poretka u kontekstu poravnanja stranaka uključuje ne samo procesna pravila, već i javni poredak u materijalnopravnom smislu.<sup>44</sup> Odatle sledi da pitanje u kojim stvarima stranke imaju slobodu raspolaganja u praksi može biti sporno.<sup>45</sup>

Stranke prilikom ugovaranja nadležnosti arbitraže po pravilu biraju i supstancijalno pravo koje će se primeniti na njihov spor. Preovlađujuće je stanovište da autonomija volje stranaka prilikom određivanja merodavnog prava ima kolizionopravno dejstvo. Izabrano materijalno pravo se primenjuje u celini, uključujući i prinudne norme.<sup>46</sup> Navedeno znači da izborom merodavnog materijalnog prava stranke mogu uticati na to hoće li njihov spor biti arbitrabilan ili ne. Ovo stoga što, ukoliko se pitanje mogućnosti stranaka da svojim sporom slobodno raspoložu rešava na osnovu kriterijuma dispozitivnosti normi kojima se uređuje sporni odnos, onda je dovoljno da stranke izaberu kao merodavno ono materijalno pravo u kojem je taj sporni odnos uređen dispozitivnim normama. Ako stranke same ne izaberu merodavno pravo, onda arbitri, prema svom nahođenju, korišćenjem prikladnih kolizionih normi, određuju pravo koje će biti merodavno za dati spor.<sup>47</sup>

Kod domaćih arbitražnih odluka, kakvim se smatraju sve odluke donete na teritoriji Srbije,<sup>48</sup> stranke i arbitri nemaju navedenu mogućnost, jer se pitanje dispozicije stranaka rešava u okvirima domaćeg pravnog poretka. U pravu Srbije, to se čini primenom člana 5 Zakona o arbitraži, u vezi sa članom 3 stav 3 ZPP i zakonskim normama kojima se propisuje isključiva nadležnost sudova u određenim

---

<sup>42</sup> Phillip Landolt, "Basis for Application of Competition Law in Arbitration Proceedings", T. Zuberbühler, C. Oetiker (Eds), *Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law*, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2007, s. 6.

<sup>43</sup> Član 3 stav 3 Zakona o parničnom postupku, (*Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – Odluka US, 55/2014 i 87/2018).

<sup>44</sup> Marija. Salma, "Pobijanje sudskog poravnanja", (ur. Dragiša Drakić) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2011, s. 142.

<sup>45</sup> Maganić, *op.cit.*, s. 219.

<sup>46</sup> V. Tibor Varadi, Gašo Knežević, Bernadet Bordaš, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2012, s. 374–380.

<sup>47</sup> Knežević, Pavić, *op. cit.*, s. 140. Vidi i čl. 50 st. 3 Zakona o arbitraži.

<sup>48</sup> Čl. 57 st. 2 Zakona o arbitraži.

stvarima. Kod međunarodnih arbitraža,<sup>49</sup> sloboda raspolaganja stranaka u izboru merodavnog prava ograničena je institutima javnog poretka i normi neposredne primene.

Institut javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu označava ovlašćenje domaćeg suda da ne primeni norme stranog prava ili da ne prizna stranu sudsku ili arbitražnu odluku, ukoliko bi njihovo dejstvo bilo u suprotnosti sa javnim poretkom. Sadržina javnog poretka nije u teoriji i zakonodavstvu jasno određena. Javni poredak čine osnovne vrednosti domaćeg pravnog sistema, koje se u svakom slučaju moraju zaštititi.<sup>50</sup> Opseg javnog poretka je uži od kruga domaćih imperativnih normi. Javni poredak nesporno obuhvata univerzalno prihvaćene pravne principe. Kad je reč o principima koji se štite domaćim javnim poretkom, od značaja je koliko je domaća država zainteresovana za sporni odnos. Što je čvršća veza između pojedinih elemenata spornog odnosa i domaće države, izvesnije je da će javni poredak biti šire shvaćen.<sup>51</sup> Sadržina javnog poretka je promenljiva i u vremenskom kontekstu, budući da se shvatanja jednog društva o osnovnim vrednostima koje treba štiti pravnim poretkom menjaju tokom vremena.

Arbitraža nije obavezna da prilikom rešavanja spora uzme u obzir javni poredak države sa kojom je sporni odnos povezan u većoj ili manjoj meri. Međutim, ukoliko se priznanje i izvršenje arbitražne odluke zahteva pred sudom neke države, sud će biti ovlašćen da ispituje sadržinu donete odluke sa stanovišta njene usklađenosti sa domaćim javnim poretkom. Njujorška konvencija ovlašćuje nadležne vlasti država potpisnica da odbiju priznanje ili izvršenje odluke ukoliko bi priznanje ili izvršenje bilo protivno javnom poretku te zemlje.<sup>52</sup>

Prema Zakonu o arbitraži Srbije, priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke će se odbiti ukoliko je dejstvo odluke u suprotnosti sa domaćim javnim poretkom.<sup>53</sup> Kada je reč o domaćim arbitražnim odlukama, može se tražiti njihov poništaj prema odredbama Zakona o arbitraži, iz razloga suprotnosti dejstava odluke sa javnim poretkom Srbije.<sup>54</sup> Stoga je celishodno da arbitri prilikom odlučivanja o nadležnosti arbitraže razmotre da li predmet spora ulazi u materiju koja je u državi sedišta arbitraže i državi eventualnog priznanja i izvršenja odluke obuhvaćena javnim poretkom. Ovde treba naglasiti da će sud da poništi odluku ili da

<sup>49</sup> Ovaj pojam uključuje i arbitražne sporove koji su nekim svojim elementom vezani za Srbiju, ali arbitraža nije zasedala na teritoriji Srbije.

<sup>50</sup> Varadi *et al*, *op. cit.*, s. 154; Maja Stanivuković, Mirko Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2013, s. 350.

<sup>51</sup> Varadi *et al*, *op. cit.*, s. 157.

<sup>52</sup> Član V/2 tač. b) Njujorške konvencije.

<sup>53</sup> Član 66 stav 2 tač. 3 Zakona o arbitraži.

<sup>54</sup> Čl. 58 st. 2 tač. 2 Zakona o arbitraži.

odbije priznanje ukoliko su meritorni efekti arbitražne odluke u suprotnosti sa domaćim javnim poretkom,<sup>55</sup> a ne isključivo zbog činjenice da je arbitraža rešavala o nekom pitanju koje spada u *domaine réservée* države priznanja. Istina, arbitraža može povesti računa o efektima svoje odluke u državi priznanja i izvršenja, samo ako na osnovu činjenica konkretnog spora može da se predvidi u kojoj državi/državama bi se moglo zahtevati priznanje i izvršenje.

Na toj tački zalazi se na teren instituta normi neposredne primene. Norme neposredne primene su norme određenog pravnog poretka koje će arbitraža primeniti nezavisno od merodavnog prava. Ovo se čini da bi se obezbedilo dejstvo arbitražnoj odluci, odnosno kako bi se sprečilo da izborom merodavnog prava stranke izbegnu primenu prinudnih normi prava države sa kojom je sporni odnos povezan,<sup>56</sup> a konsekvantno i da se odluka poništi ili da se odbije njeno priznanje ili izvršenje. U teoriji nije zauzet jedinstven stav u pogledu prava arbitara da primene prinudne norme treće države. Po jednim, potrebno je da se jedna od strana u sporu pozove na tu odredbu. Po drugima, arbitri mogu primenjivati prinudne propise treće države *sua sponte*.<sup>57</sup>

Od međunarodnih izvora prava, Uredba EU o pravu merodavnom za ugovorne obaveze (Rim I) predviđa obavezu sudova da primene pravo države sa kojim je ugovorni odnos tesno povezan.<sup>58</sup> Uredbom je propisano da izbor merodavnog prava neće sprečiti primenu normi prava države sa kojim su svi ostali elementi ugovornog odnosa povezani (pravo tesne veze), čija primena se ne može isključiti sporazumom ugovornih strana.<sup>59</sup> Ako, dakle, postoji tesna povezanost ugovora sa pravom određene države, izbor prava druge države kao merodavnog ne isključuje primenu prinudnih normi prava države sa kojom je ugovor u tesnoj vezi. Uredbom se, dalje, predviđa primena prinudnih propisa države foruma čije odredbe se smatraju krucijalnim za očuvanje javnih interesa, kao što su one o političkom, društvenom i ekonomskom uređenju – primarne prinudne norme (eng. *overriding mandatory provisions*).<sup>60</sup>

Kada je reč o primarnim prinudnim normama treće države, može se priznati prinudno dejstvo normama države u kojoj obaveze iz ugovora treba da budu

---

<sup>55</sup> V. Varadi *et al*, *op. cit.*, s. 158 i dalje.

<sup>56</sup> Stanivuković, Živković, *op. cit.*, s. 393.

<sup>57</sup> V. Milica Arsić, "Norme neposredne primene u međunarodnoj arbitraži", *Harmonius*, 2017, s. 20–21.

<sup>58</sup> Uredba br. 593/2008 (*Regulation No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations - Rome I*, O.J. EU L 177/2008).

<sup>59</sup> Čl. 3 st. 3 Uredbe 593/2008.

<sup>60</sup> Čl. 9 st. 1 Uredbe 593/2008.

izvršene ili su izvršene, ukoliko bi izvršenje ugovora na osnovu tih normi bilo nezakonito. Prilikom odlučivanja da li će se priznati dejstvo tim normama, uzeće se u obzir njihova priroda i svrha, kao i posledice eventualnog priznavanja ili nepri-  
znavanja njihovog dejstva.<sup>61</sup>

Sporno je da li je međunarodna arbitraža dužna da postupa u skladu sa odredbama Uredbe Rim I? U teoriji se iznosi stav da se primena prinudnih normi države foruma ili države u kojoj je ugovor izvršen ili je trebalo da bude izvršen kosi sa principom legitimnih očekivanja stranaka, budući da pravo izbora merodavnog prava nikako ne implicira ograničenja autonomiji volje primenom prinudnih normi prava treće države, bilo da je to država foruma ili država sa kojom je sporni odnos povezan. Može se pretpostaviti da stranke ta ograničenja nisu uzele u obzir prilikom izbora merodavnog prava.<sup>62</sup> Ukazuje se još i da javni poređak određene države ne čine uvek i samo norme nacionalnog prava, već i norme međunarodnog prava, kakav je slučaj sa državama članicama EU, pa obaveza primene prinudnih normi treće države podrazumeva primenu prinudnih normi međunarodne organizacije. Arbitri bi trebalo da uzmu u obzir imperativna pravna pravila treće države iz razloga pravne sigurnosti i legitimnih očekivanja stranaka, ukoliko su ta pravila prepoznatljiva u okvirima principa na kojima počiva međunarodna trgovina.<sup>63</sup> Ukoliko su imperativne norme motivisane političkim razlozima, arbitri ne bi trebalo da im pridaju važnost.<sup>64</sup>

Odgovor na pitanje relevantnosti odredaba Rim I uredbe za arbitražu moguće je tražiti u kontekstu pravne prirode normi sadržanih u njoj. Uredba sadrži kolizionopravne norme, određujući tačke vezivanja koje su sudovi država članica dužni da primenjuju kako bi odredili merodavno pravo u građanskim i trgovačkim stvarima na koje se Uredba primenjuje. Odredba člana 9 Uredbe takođe ima kolizionopravni karakter, jer upućuje sud na primenu primarnih prinudnih normi države foruma ili države u kojoj je ugovor izvršen ili treba da bude izvršen.<sup>65</sup> Otuda, čak i u situaciji da su stranke izabrale kao merodavno pravo neke od država članica EU, arbitraža nije obavezna da primeni čl. 9 Uredbe Rim I, jer odredbe toga člana ne spadaju u materijalno pravo odnosne države. Mora se, ipak, primetiti da je uočljiva tendencija da arbitraže primenjuju prinudne norme prava treće

<sup>61</sup> Čl. 9 st. 3 Uredbe 593/2008.

<sup>62</sup> Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, s. 86.

<sup>63</sup> Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, s. 88; Landolt, "Basis for Application of Competition Law in Arbitration Proceedings", *op. cit.*, s. 14.

<sup>64</sup> Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, s. 89.

<sup>65</sup> Tako i Alexander Kronenberg, "Foreign Overriding Mandatory Provisions under the Regulation EC No 583/2008 (Rome I Regulation)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, br. 2/2018, s. 874 i dalje.



države sa kojim je sporni odnos blisko povezan. Ta praksa polako zadobija rang jednog od vladajućih principa međunarodnog privatnog prava,<sup>66</sup> ali on još uvek nema zakonsko utemeljenje u Srbiji.

#### ARBITRABILNOST SPOROVA IZ PRAVA KONKURENCIJE U PRAVU SAD

Početni stav američkih sudova u pogledu pitanja arbitrabilnosti sporova u oblasti *antitrust*-a<sup>67</sup> bio je da se pitanja od javnog interesa ne mogu raspravljati pred arbitražom: "Zahtev na osnovu antitrustovskih zakona nije samo privatna stvar. Šermanov zakon je kreiran da promoviše nacionalni interes u kompetitivnoj ekonomiji; tako, oštećeni koji se poziva na svoja prava na osnovu Šermanovog zakona se poredi sa privatnim tužiocem koji štiti javni interes. Povrede antitrustovskih zakona mogu pogoditi stotine – možda milione ljudi i naneti zapanjujuću ekonomsku štetu. Ne verujemo da je Kongres nameravao da takvi zahtevi budu rešeni negde drugde izuzev na sudu..."<sup>68</sup> Sud je takođe izneo zabrinutost u pogledu sposobnosti arbitraže da rešava složena pravna i činjenična pitanja koja se pojavljuju u ovoj vrsti sporova i u pogledu objektivnosti i nezavisnosti arbitara, imajući u vidu da su oni često pripadniciposlovne zajednice.

Vrhovni sud SAD je 10 godina kasnije, u sporu *Mitsubishi Motors*,<sup>69</sup> prihvatio mogućnost arbitražnog rešavanja antitrustovskih sporova sa međunarodnim elementom. Japanski proizvođač automobila i američki distributer zaključili su ugovor od distribuciji vozila sa klauzulama o teritorijalnim ograničenjima. Ugovorom je bilo predviđeno rešavanje sporova pred japanskom arbitražom i švajcarsko pravo kao merodavno. Zbog pada prodaje distributer je hteo da preusmeri neke isporuke na druga tržišta, što je proizvođač odbio. *Mitsubishi* je zatim tužio distributera za kršenje ugovora, a distributer je osporio nadležnost arbitraže pozivajući sa na povredu antitrustovskih propisa SAD. U apelacionom postupku pred Vrhovnim sudom SAD, Međunarodna trgovinska komora, u ulozi *amicus curiae*, ukazala je na rastuću tendenciju da međunarodni arbitri uzimaju u obzir antitrustovske norme i druge prinudne norme koje izražavaju javni poredak zemlje sa kojom činjenice slučaja imaju značajnu vezu, iako pravo te zemlje nije merodav-

---

<sup>66</sup> Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, s. 89. Za rešenja nemačkog i švajcarskog prava u pogledu normi neposredne primene vidi Varadi *et. al.*, s. 172.

<sup>67</sup> Sporovi koji se rešavaju na osnovu Šermanovog zakona, američkog ekvivalenta čl. 101 i 102 UFEU.

<sup>68</sup> *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 1968.

<sup>69</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614.

no za spor. Vrhovni sud SAD je presudio u korist tužioca, pozivajući se na razloge međunarodne učtivosti, poštovanja kapaciteta međunarodnih arbitraža i potrebu međunarodnog trgovinskog sistema za predvidivošću u rešavanju sporova. Ti razlozi zahtevaju da se prizna važnost arbitražnom sporazumu, čak i pod pretpostavkom da bi suprotan rezultat bio poželjan u domaćem kontekstu.<sup>70</sup> Sud je naglasio da će domaći sudovi imati priliku da zaštite legitimne interese SAD da domaći zakoni budu poštovani u fazi priznanja i izvršenja arbitražne odluke. Iako u toj fazi sud ne bi trebalo da ulazi detaljno u ispitivanje ispravnosti meritornog odlučivanja, tako detaljno ispitivanje nije ni potrebno kako bi se ustanovilo da li je arbitraža rešavala zahteve zasnovane na antitrustovskom pravu. Sud je još podsetio da Njujorška konvencija omogućuje odbijanje priznanja arbitražne odluke pozivanjem na javni poredak, ali se nije izjasnio da li bi propuštanje arbitraže da primeni antitrustovska pravila SAD predstavljalo povredu javnog poretka i razlog za odbijanje priznanja arbitražne odluke.

#### ARBITRABILNOST SPOROVA IZ PRAVA KONKURENCIJE U PRAVU EU

U građanskim postupcima pred nacionalnim sudovima država članica pravila konkurencije EU se primenjuju ukoliko se jedna od strana u sporu pozove na njih (na osnovu principa direktnog dejstva), a mogu ih primeniti i sudovi *ex offo*, ukoliko im nacionalno zakonodavstvo dozvoljava da napuste svoju pasivnu ulogu i granice postavljene tužbenim zahtevom (načelo stranačke dispozicije). Takav stav je Sud pravde zauzeo povodom zahteva za preliminarno mišljenje holandskog suda u slučaju *Van Schijndel*.<sup>71</sup>

Drugačiji je stav Evropskog suda pravde kada je reč o arbitražnom rešavanju sporova. U slučaju *Eco Swiss*<sup>72</sup> Sud pravde je smatrao da je nacionalni sud, koji odlučuje o zahtevu za poništaj arbitražne odluke, dužan da usvoji zahtev po osnovu povrede javnog poretka, ako nađe da je arbitražna odluka u suprotnosti sa čl. 101 UFEU. Spor između kompanija *Eco Swiss* i *Benetton* ticao se naknade štete zbog jednostranog otkaza ugovora o proizvodnji satova sa logoom naručioca. Arbitraža je donela odluku u korist tužioca. U postupku pred holandskim sudom po zahtevu za priznanje i izvršenje arbitražne odluke *Benetton* je istakao prigovor da je ugovor o licenci u suprotnosti sa čl. 101 UFEU i kao takav ništav. Holandski sud uputio je zahtev za preliminarno mišljenje Evropskom sudu pravde u pogle-

<sup>70</sup> *Ibidem*, par. 629.

<sup>71</sup> *Van Schijndel/Van Veen*, sjedinjeni slučajevi C-430/95 i C-431/93, ECR 1995 I-4705.

<sup>72</sup> *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, C- 126/97, ECR 1999 I-3055.

du pitanja da li je norma iz čl. 101 UFEU obuhvaćena institutom javnog poretka? Sud pravde je odgovorio potvrdno, pozivajući se na tada važeći član 3g Ugovora o osnivanju EZ, kojim su pravila konkurencije proglašena fundamentalnim za ostvarivanje ciljeva osnivačkog ugovora i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Sud je ukazao na razliku koja postoji u ovom slučaju i slučaju *Van Schijndel*, podsetivši na svoj stav u slučaju *Nordsee*, da arbitraže nisu tribunal u smislu čl. 267 UFEU i stoga nisu ovlašćene da podnose zahteve za preliminarno mišljenje. Zbog potrebe da se obezbedi uniformna primena pravila konkurencije EU, nacionalni sudovi moraju biti u prilici da preispituju ispravnost arbitražne odluke sa stanovišta povrede čl. 101 UFEU i, ukoliko je to potrebno, traže preliminarno mišljenje od Suda pravde EU.<sup>73</sup>

Iako se Sud pravde nije o tome izjasnio direktno, odluka *Eco Swiss* potvrđuje da su sporovi iz prava konkurencije u Evropskoj uniji arbitrabilni. Preporučljivo je da arbitri uzmu u obzir pravila konkurencije EU, čak i ukoliko se stranke ne pozivaju na njih u postupku pred arbitražom, kako bi se sprečio poništaj odluke i obezbedilo njeno priznanje i izvršenje u slučaju da se zahtev za poništaj, odnosno priznanje podnosi u nekoj od država članica EU.

U teoriji je sporno da li se stav Suda pravde odnosi samo na čl. 101 UFEU ili obuhvata i odredbu o zloupotrebi dominantnog položaja (čl. 102 UFEU)?<sup>74</sup> Sud pravde se nije izjasnio u vezi s tim, vrlo verovatno zbog toga što se konkretan slučaj ticao usklađenosti ugovora o licenci sa čl. 101 UFEU. Imajući u vidu razloge navedene u obrazloženju odluke, smatramo da se stav Suda pravde u *Eco Swiss* mora proširiti i na druge materijalnopravne odredbe o konkurenciji u UFEU.

Nakon odluke *Eco Swiss* nacionalni sudovi država članica EU su imali prilike da se pozabave pitanjem primene pravila konkurencije EU u postupku pred arbitražom. Apelacioni sud u Parizu je odbio zahtev za poništaj odluke arbitraže Međunarodne trgovinske komore u slučaju *Thalès*na osnovu tvrdnje tuženog da je ugovor o licenci suprotan pravilima konkurencije EU. Stranke se u arbitražnom postupku nisu pozivale na pravo konkurencije EU, ali je sud smatrao da to nije smetnja da se to pitanje istakne u postupku za poništaj arbitražne odluke. Sud je ipak odbio zahtev za poništaj zbog toga što povreda prava konkurencije nije bila flagrantna, da bi opravdavala pozivanje na javni poredak. Razlog javnog poretka može biti osnov za poništaj, smatrao je sud, samo ako je povreda tako uočljiva "kao što je nos na licu".<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> *Eco Swiss*, par. 40.

<sup>74</sup> Niko Hukkinen, "Application of Competition Law Ex Officio", *Practical Aspects...*, op. cit., s. 51.

<sup>75</sup> *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile*, presuda Apelacionog suda u Parizu od 18.11.2004, Docket No 2002/19606. Za komentar presude v. Denis Bensaude, "Thalès Air Defence

U slučaju *SNF*,<sup>76</sup> arbitraža je odlučivala o sporu za naknadu štete zbog nezavršenja ugovora i našla da je ugovor ništav na osnovu čl. 101 UFEU, te da svaka strana treba da snosi polovinu štete. Tuženi je u međuvremenu tražio pokretanje postupka pred Evropskom komisijom i podneo je krivičnu prijavu u Francuskoj zbog povrede propisa o konkurenciji. Zahtevao je da se zastane sa postupkom izvršenja arbitražne odluke sve dok se ne okonča krivični postupak. Pariski apelacioni sud je odbio taj zahtev, s obrazloženjem da u postupku priznanja i izvršenja sud nema prava da detaljno ispituje da li su arbitri pravilno primenili materijalno pravo, već je mogućnost preispitivanja odluke ograničena na eventualne povrede javnog poretka. Odatle sledi da arbitraža može samostalno odlučivati o povredi pravila konkurencije, uprkos tome što uporedo teče postupak pred organima javne vlasti u vezi sa tim.

Holandski sud je poništio odluku američke arbitraže u slučaju *Marketing Displays International Inc.*,<sup>77</sup> jer je našao da su njeni efekti protivni odredbama UFEU o konkurenciji. Spor se vodio između američkog proizvođača i distributera za zemlje Beneluksa. Ugovor o distribuciji je sadržao klauzulu o obavezi distributera da sva unapređenja sistema ustupi davaocu licence, koji postaje titular prava intelektualne svojine. Sud je našao da je predmetna klauzula sadržana u crnoj lisi zabranjenih klauzula u ugovorima o prenosu tehnologije u pravu EU i da je ugovor ništav u celini, jer nije mogao opstati bez zabranjene klauzule.

#### ARBITRABILNOST SPOROVA IZ PRAVA KONKURENCIJE U PRAVU SRBIJE

Odgovor na pitanje da li su sporovi iz prava konkurencije arbitrabilni u pravu Srbije mora se dati isključivo tumačenjem pozitivnih propisa, jer domaća sudska praksa u vezi sa tim pitanjem ne postoji, bar koliko je nama poznato. Nesporno je da arbitraža može odlučivati o imovinskopравnim zahtevima koji proističu iz povreda prava konkurencije (npr. naknadi štete u novcu), jer su to prava sa kojima stranke u sporu mogu slobodno raspolagati. Postavlja se pitanje može li domaća arbitraža odlučivati o postojanju povrede prava konkurencije kao o prethodnom pitanju, od čijeg rešavanja zavisi da li će arbitraža usvojiti tužbeni zahtev

BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law”, *Journal of International Arbitration*, br. 3/2005, s. 239–244.

<sup>76</sup> *SNF v Cytec Industries*, navedeno prema: Pierre Heitzmann, Jacob Grierson, “The French Approach to Arbitrating EC Competition Law in the Light of Paris Court of Appeal’s decision in *SNF vs Cytec Industries*”, *Practical Aspects...*, *op. cit.*, s. 187–215.

<sup>77</sup> Odluka Apelacionog suda u Hagu od 24.03.2005, 04/694 i 04/695.

za naknadu štete. Povrede prava konkurencije su uređene prinudnim normama, a njihovo sankcionisanje nije u nadležnosti suda (funkcionalna nenadležnost), izuzev povreda koje su sankcionisane krivičnim zakonodavstvom. Na osnovu napred analizirane strane sudske prakse, zaključićemo da nema smetnji da domaća arbitraža odluči o postojanju povrede konkurencije kao o prethodnom pitanju, ali bi trebalo da to čini uzimajući u obzir propise o konkurenciji domaćeg prava i prava treće države u kojoj se očekuje da arbitražna odluka proizvede pravno dejstvo.

Prema Zakonu o arbitraži, postupak za poništaj arbitražne odluke može se voditi ne samo zbog razloga povrede javnog poretka, već i ako spor nije podoban za arbitražu. Ako je tužbeni zahtev upravljen na povredu prava kojim stranke mogu slobodno raspolagati, sud ne može poništiti arbitražnu odluku zbog nepodobnosti spora za arbitražu, bez obzira što je odluka o postojanju prava tužioca kojim on slobodno raspolaže uslovljena rešavanjem nekog prethodnog pitanja uređenog prinudnim normama. Ispitivanje sadržine arbitražne odluke u postupku za poništaj ili za priznanje i izvršenje mora biti ograničeno na dejstva odluke sa stanovišta zaštite domaćeg javnog poretka. Kada je reč o povredama konkurencije, smatramo da bi propuštanje arbitraže da utvrdi najteže povrede konkurencije, a pre svega one koje su u domaćem zakonodavstvu krivičnopravno sankcionisane, predstavljalo povredu javnog poretka.

## ZAKLJUČAK

Arbitražno rešavanje sporova iz prava konkurencije je jedan od vidova ostvarivanja privatnopravne zaštite konkurencije. U stranoj sudskoj praksi nesporno je da su sporovi usmereni na ostvarivanje građanskopravnih zahteva koji proističu iz povreda konkurencije arbitrabilni. Sudovi država članica EU priznaju arbitražne odluke u kojima se o postojanju povreda konkurencije odlučivalo kao o prethodnom pitanju. Propuštanje arbitraže da primeni materijalnopravna pravila konkurencije EU može predstavljati povredu javnog poretka u državama članicama EU i osnov za poništaj, odnosno odbijanje priznanja i izvršenja arbitražne odluke. Sudovi ograničavaju preispitivanje arbitražnih odluka samo na flagrantne povrede prava konkurencije.

U našem pravu imovinskopravni zahtevi koji proističu iz povreda prava konkurencije se nesporno mogu ostvarivati putem arbitraže. Sporno je još uvek pitanje da li arbitraža može odlučivati o povredi prava konkurencije kao o prethodnom pitanju. Imajući u vidu da arbitraže mogu primenjivati prinudne norme bilo da su one deo merodavnog prava, bilo kao norme neposredne primene, smatramo da nema smetnji da arbitraža i o povredama konkurencije odlučuje kao

o prethodnom pitanju. Institut javnog poretka predstavlja branu od efekata arbitražnih odluka koje bi bile donete uz flagrantno kršenje imperativnih normi prava konkurencije, budući da je moguć poništaj domaćih arbitražnih odluka i odbijanje priznanja stranih arbitražnih odluka iz razloga povrede javnog poretka.

DIJANA MARKOVIĆ BAJALOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, East Sarajevo

## THE ARBITRABILITY OF COMPETITION LAW DISPUTES RATIONE MATERIAE

### Summary

The range of legal issues which are suitable for arbitration has been constantly widening in the last decades, extending slowly to public law arena. While competition law represents a part of public law, competition infringements make basis for civil claims of aggrieved parties. In the US and EU law it has been well settled that arbitrations may decide on violations of competition law and civil claims arising from them, while the protection of public interest is being left for the phase of recognition and enforcement of foreign arbitral awards, i.e. for setting aside of domestic arbitral awards. The EU Court of Justice has stated that Art. 101 TFEU represents a part of public policy of the EU member states. Consequently, national courts are obliged when reviewing an arbitral award to check whether it is contravening Art. 101 TFEU. National courts of member states have restricted the application of public policy infringement criteria to most flagrant violations of Art. 101. Decisions of national courts of EU member states can serve as a standard for Serbian courts when deciding about the recognition and enforcement of foreign arbitral awards and setting aside of domestic arbitral awards.

*Key words:* arbitrability of disputes, competition law, public policy, norms having direct effect

## ZAŠTITNI OBJEKT PRAVA KONKURENCIJE

*Za narušavanje konkurencije izriču se veoma visoke novčane kazne i stoga ne sme postojati neizvesnost po pitanju šta se smatra povredom konkurencije. Da bi svaka nedoumica po tom pitanju bila otklonjena, bitno je utvrditi šta je zaštitni objekt prava konkurencije jer je to istovremeno i predmet povrede. U veoma oštroj konkurenciji raznih pojava, dobara i vrednosti, prednost je data konkurencijskom pritisku, kao kontinuiranom izvoru podsticaja da se inovira kako bi se snizili troškovi, poboljšao kvalitet postojećih ili ponudili novi proizvodi i usluge i tako postigla maksimizacija ekonomske efikasnosti radi sticanja prednosti nad konkurentima s posledicom obezbeđenja opstanka na tržištu.*

Ključne reči: pravo konkurencije, tržišna struktura, privredna inicijativa, ekonomska efikasnost, konkurencijski pritisak

### U V O D

Konkurencija je bitna odlika tržišne ekonomije.<sup>1</sup> Pravno je regulisana i sudski zaštićena u javnom interesu. Po pravilu se osniva poseban državni organ u čijoj je nadležnosti sprečavanje narušavanja konkurencije. I pored svega toga, teško ćemo naći zakon ili sudsku odluku u kojima se ovaj pojam definiše.<sup>2</sup> “Formalna ili

---

Dr Stefan Šokinjov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> U literaturi je sporno da li je i neophodna. Tako pojedini autori smatraju da se brojni ekonomski, socijalni i drugi društveni ciljevi umesto konkurencijom mogu postići saradnjom (v. Maurice Stucke, “Is competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, pp. 162-197).

<sup>2</sup> Harry Gerla, “Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law”, *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 209/210.

službena definicija konkurencije ne postoji.”<sup>3</sup> Jedna od krupnih posledica izostanka formalnopravnog definisanja konkurencije može biti teškoća u određivanju šta se smatra povredom konkurencije.<sup>4</sup> Kao primer može poslužiti naš Zakon o zaštiti konkurencije<sup>5</sup> u kojem se pod povredom konkurencije smatraju “akti ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj ili posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije” (čl. 9). Kad apstrahujemo elemente koji nam nisu bitni za ovu analizu, ostaje da je povreda konkurencije ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije. Iako je definisanje povrede konkurencije u zakonu za svaku pohvalu, iz te definicije se, bez prethodnog definisanja konkurencije, ne može sa izvesnošću zaključiti koja je to konkretna vrednost ili dobro koje se pravom konkurencije štiti.<sup>6</sup> Otuda nije iznenađujući sledeći napis: “U retrospektivnom eseju objavljenom 1992. godine povodom navršenja 30 godina karijere kao advokata u Briselu specijalizovanog za pravo konkurencije, Don Holley je napisao: ‘To je bila 1962. godina kad su se advokati počeli pitati po kojim kriterijumima se ugovorne restrikcije podvode pod čl. 85(1) Ugovora o osnivanju Evropske Ekonomske Zajednice. Oni se to još uvek pitaju.’ Dvadeset godina kasnije (dakle 2012. – prim. aut.), pitanje je i dalje aktuelno: šta se podrazumeva pod povredom konkurencije...?’”<sup>7</sup>

Da bismo znali šta se podrazumeva pod povredom konkurencije moramo znati šta se pravom konkurencije štiti, jer ono što se štiti to je predmet povrede. Da li je to tržišno takmičenje kao takvo ili rezultati tog takmičenja ili nešto treće ili sve skupa? U nekim presudama Suda pravde Evropske unije (dalje u tekstu: ECJ) kao zaštitni objekt prava konkurencije navodi se množina pojava, vrednosti

<sup>3</sup> Maher Dabbah, *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge 2004, str. 2.

<sup>4</sup> “Povreda konkurencije nema jedinstveno, jasno i opšteprihvaćeno značenje” (Francis Snyder, “Ideologies of Competition in European Community Law”, *The Modern Law Review* No. 2/1989, str. 149).

<sup>5</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009 i 95/2013 (dalje u tekstu: Zakon).

<sup>6</sup> Doduše, u čl. 1 Zakona se navodi da se konkurencija štiti u cilju ekonomskog napretka i dobiti društva, a naročito koristi potrošača, pa bismo mogli zaključiti da je povreda konkurencije učinjena ako se narušavanjem konkurencije sprečava ili usporava ostvarenje pomenutih ciljeva. U tom smislu se mora priznati da je naš Zakon o zaštiti konkurencije moderan jer su ekonomski napredak i dobit društva, a naročito potrošača zaštitni objekti u uporednom pravu konkurencije. U mnogim presudama Suda pravde Evropske unije zaštita ovih postignuća i vrednosti se pominje kao cilj prava konkurencije.

<sup>7</sup> Damien Gerard, “The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself” in *Ten years of effects-based approach in EU competition law enforcement* (eds. J. Bourgeois and D. Waelbroeck), Brussels 2012, (<https://ssrn.com/abstract=2117780>, jula 2019), str. 1.



i rezultata. Tako se u slučajevima *T-Mobile Netherlands*<sup>8</sup> u tački 38, *Glaxo Smith Kline Services Unlimited*<sup>9</sup> u tački 63 i *Dole Food Company*<sup>10</sup> u tački 125 presude navodi da pravo konkurencije nije dizajnirano kako bi se zaštitili samo neposredni interesi konkurenata ili potrošača, već i tržišna struktura i time konkurencija kao takva. U nekim drugim presudama ECJ navodi se da je zaštitni objekt prava konkurencije sloboda privredne inicijative.<sup>11</sup> Osim ovih, u Vodičima Komisije identifikovali smo još nekoliko zaštitnih objekata prava konkurencije i to: efikasnu alokaciju resursa,<sup>12</sup> suparništvo (rivalitet),<sup>13</sup> efektivni konkurencijski proces<sup>14</sup> i integraciju unutrašnjeg tržišta.<sup>15</sup> Sad već imamo pola tuceta zaštitnih objekata. Pa krenimo redom.

### TRŽIŠNA STRUKTURA

Konkurencija je tržišna pojava pa se čini izlišnim posebno dokazivati uticaj tržišne strukture na funkcionisanje konkurencije.<sup>16</sup> Osnovni činilac tržišne struk-

---

<sup>8</sup> C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343.

<sup>9</sup> Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610.

<sup>10</sup> C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184.

<sup>11</sup> Case 56/65 *Societe Technique Miniere*[1966] ECR 00235, стр. 240 i C-209/07 *Beef Industry Development Society*, ECLI:EU:C:2008:643, tač. 34.

<sup>12</sup> *Communication from the Commission — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101, 27.4.2004, pp. 97–118; dalje u tekstu: Vodič za primenu čl. 81(3) Ugovora)*, tač. 13. “Kada je reč o alokativnoj efikasnosti, konkurencija stvara podsticaje učesnicima na tržištu da kupcima ponude upravo ono što im je potrebno (što kupci žele da kupe) i to u onoj količini koja im je potrebna. Puna alokativna efikasnost se postiže ukoliko su izjednačene ponuda i tražnja i ukoliko je cena (koja je u ravnoteži jednaka graničnim troškovima) izjednačena sa graničnom korisnošću (prirast ukupne korisnosti do koje dovodi potrošnja dodatne jedinice proizvoda). Budući da su izjednačeni granični troškovi i granična korisnost, ne može da dođe do realokacije resursa kojom bi se uvećalo društveno blagostanje, što znači da je postignuta alokativna efikasnost. Ključni element koji omogućava da se konkurencijom postigne alokativna efikasnost jeste tržišna cena, koja predstavlja sintetizovanu informaciju o tome šta su preferencije (želje) kupaca.” (Boris Begović, Vladimir Pavić, “Uvod u pravo konkurencije”, Beograd 2012, str. 15).

<sup>13</sup> *Ibidem*, tač. 16.

<sup>14</sup> *Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (OJ C 45, 24.2.2009, pp. 7-20; dalje u tekstu: Vodič za primenu, čl. 82 Ugovora)*, tač. 6.

<sup>15</sup> *Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 130, 19.5.2010, pp. 1-46; dalje u tekstu: Vodič za vertikalna ograničenja)*, tač. 7.

<sup>16</sup> Morfologija tržišta bitno utiče na uslove razmene, formiranje cena, ponašanje ekonomskih subjekata, prvenstveno proizvođača i prodavaca ali i potrošača i kupaca (Ivan Stojanović, *Savremena tržišta i cene*, Beograd 1977, str. 54).

ture su tržišni subjekti: prodavci i kupci, a brojnost tržišnih subjekata je osnovni kriterijum za njenu klasifikaciju. Tako, prema broju tržišnih subjekata razlikujemo: atomiziranu tržišnu strukturu, oligopol i monopol. Problem nastaje kada se tržišna struktura poistoveti sa konkurencijom pa atomizirana tržišna struktura i oligopol postanu sinonimi za perfektnu i imperfektnu konkurenciju. Poistovećivanje tržišne strukture sa konkurencijom značilo bi da je svako pogoršanje tržišne strukture povreda konkurencije. Međutim, "nije svaki isključujući efekat neizostavno štetan za konkurenciju."<sup>17</sup> Zbog toga tržišna struktura ne može biti apsolutno zaštićena pravom konkurencije. Naime, pogoršanje tržišne strukture, pod čime podrazumevamo smanjenje brojnosti konkurenata na relevantnom tržištu, može biti i posledica zdrave konkurencije.<sup>18</sup> Izlazak manje efikasnih konkurenata sa tržišta narušava tržišnu strukturu.

Međutim, pošto je ovo, s jedne strane, očekivana i poželjna posledica tržišnog takmičenja, sprečavanje izlaska s tržišta manje efikasnih konkurenata nije zaštitni objekt prava konkurencije.<sup>19</sup> I s druge strane, (u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja), napuštanje tržišta od strane manje efiksanih konkurenata, iako predstavlja pogoršanje tržišne strukture, uopšte ne mora da označava slablje konkurencije.<sup>20</sup>

Iako bez konkurenata ne bi bilo nadmetanja, pravo konkurencije štiti konkurenciju, a ne konkurente.<sup>21</sup> Zaštita konkurenata od konkurencije je sama po sebi

<sup>17</sup> C-209/10 *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, tač. 22.

<sup>18</sup> Zdrava konkurencija po definiciji vodi izlasku s tržišta ili marginalizaciji onih konkurenata koji su manje efikasni i time manje atraktivni potrošačima s aspekta cene, izbora, kvaliteta ili inovacije (C-209/10 *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, tač. 22). Na to da će biti zaštićeni pravom konkurencije mogu najviše računati jednako efikasni konkurenti (Pablo Ibanez Colomo, Alfonso Lamadrid de Pablo, "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know" in: *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*(eds. M. Gerard, B. Meyring), Brisel 2017, str. 40).

<sup>19</sup> C-413/14P *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, tač. 133 i 134.

<sup>20</sup> "Interesi konkurenata mogu da budu povređeni, a da se time ne pričini šteta funkcionisanju konkurencije." (H. Gerla, "Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law", *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 250). Isti autor na str. 240. citiranog članka tvrdi da će narušavanje konkurencije na tržištu na kojem posluje nekoliko konkurenata prouzrokovati teže posledice nego identično narušavanje konkurencije na tržištu na kojem je ponuda atomizirana.

<sup>21</sup> H. Gerla, "Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law", *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 222. Autor nas u fusnoti br. 62 citiranog članka informiše da je pomenuta fraza prvi put upotrebljena u slučaju *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962) za vreme tzv. *Warren Court*-a kako se naziva period u kojem je Vrhovnim sudom SAD-a predsedavao sudija *Earl Warren* (1953-1969).

antikonkurencijska.<sup>22</sup> Takođe, to dalje znači, da se povreda konkurencije mora strogo razlikovati od povrede interesa konkurenata, inače bi se zamaglila razlika između prava zaštite konkurencije i prava suzbijanja neelojalne konkurencije.<sup>23</sup> U svakom slučaju, efikasni konkurent ne sme biti kažnjen za uspeh.<sup>24</sup>

## KONKURENCIJSKI PROCES

Konkurencija je složena pojava. Kao što je tržišna struktura statički aspekt konkurencije, tako je aktuelni konkurencijski proces odnosno tržišno nadmetanje dinamički aspekt konkurencije. Konkurencija označava mobilnost,<sup>25</sup> zbog čega mnogi pisci o konkurenciji pišu u dinamičkom smislu kao procesu.<sup>26</sup> Međutim, konkurencija nije sama sebi cilj. Konkurencija je sredstvo za ostvarenje brojnih, pre svega, ekonomskih, ali i socijalnih, političkih i drugih ciljeva. Konkurencija ponekad može biti smetnja za ostvarenje ekonomske efikasnosti, dobrobiti potrošača, tehničko-tehnološkog i uopšte privrednog razvoja. Ponekad nije smetnja, ali se ovi rezultati uz manji utrošak energije, rada, vremena i dr. mogu postići saradnjom. Tada se restriktivni poslovni akt, iako mu je posledica narušavanje konkurencije, izuzima od primene kartelne zabrane. "Promocija društvenog blagostanja može ponekad izazvati žrtvovanje konkurencije."<sup>27</sup>

I ne samo to, ne samo da neograničeno tržišno nadmetanje nije uvek poželjno,<sup>28</sup> ono nije čak ni moguće.<sup>29</sup> Perfektna konkurencija je model koji ne odgovara ekonomskoj stvarnosti. Ono što se danas štiti pravom konkurencije nije

---

<sup>22</sup> Eleanor Fox, "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect", *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 408.

<sup>23</sup> H. Gerla, "Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law", *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 249.

<sup>24</sup> Frank Easterbrook, "Monopolization: Past, Present, Future", *Antitrust Law Journal* No. 1/1992, str. 101/102.

<sup>25</sup> Robert Park, Ernest Burges, "Competition as a Social Force" in: *Rational Basis of Legal Institutions* (eds. John Wigmore and Albert Kocourek), New York 1923, str. 91.

<sup>26</sup> Rex Ahdar, "The Meaning of 'Competition' and the Commerce Act 1986", *Otago Law Review* No. 2/1986, str. 324.

<sup>27</sup> George Stocking, "On the Concept of Workable Competition as an Antitrust Guide", *The Antitrust Bulletin* No. 2/1956, str. 19.

<sup>28</sup> "Nisu svi oblici konkurencije korisni" (M. Stucke, "Is competition always good?", *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, str. 171).

<sup>29</sup> R. Park, E. Burges, "Competition as a Social Force" in: *Rational Basis of Legal Institutions* (eds. John Wigmore and Albert Kocourek), New York 1923, str. 91.

savršena, neograničena konkurencija,<sup>30</sup> nego funkcionalna konkurencija<sup>31</sup> odnosno efektivni konkurencijski proces, optimalan spram uslova poslovanja na relevantnom tržištu. Međutim, čak ni kao takav se efektivni konkurencijski proces ne štiti apsolutno. Pre svega, postoje tržišna stanja, kao što je monopol, koja se sama po sebi ne smatraju zabranjenim, protivpravnim niti kažnjivim, iako u njima efektivnog konkurencijskog procesa bukvalno nema. Osim toga, realno je zamisliva situacija, naročito u oblasti kontrole koncentracija, u kojoj će se dozvoliti slabljenje intenziteta konkurencijskog procesa, pod uslovom da se zadrži ili obezbedi nizak nivo prepreka za ulazak na tržište.

#### SLOBODA PRIVREDNE INICIJATIVE

Cilj prava konkurencije jeste obezbeđenje okruženja pogodnog za stvaranje bogatstva, uz istovremeno očuvanje autonomije tržišnih učesnika.<sup>32</sup> Glavno pravilo bi trebalo biti da bi prodavci trebali slobodno odlučivati o sopstvenom ponašanju na tržištu sve dok se time ne ograničava ista takva sloboda drugih prodavaca.<sup>33</sup> Evropska Komisija je dugo, pod uticajem ordoliberalne škole, preferirala stav da se pravom konkurencije prevashodno (na nivou opšteg načela) štiti sloboda svakog privredno-pravnog subjekta da nezavisno određuje politiku koju namerava sprovesti na tržištu.<sup>34</sup> Međutim, praktična posledica takvog stava, da se restriktivnim sporazumom smatra svaki sporazum kojim se redukuje autonomija tržišnih učesnika u donošenju poslovnih odluka,<sup>35</sup> ECJ je ocenio suviše formalističkim. Rigidnim sprovođenjem tog načela, gotovo bi svaka restriktivna poslovna praksa bila *per se* nedopuštena. Zbog toga je presudom u slučaju *Wouters* ECJ izričito naglasio da ne potpada svaki sporazum kojim se ograničava sloboda poslovanja (*freedom of action*) pod kartelnu zabranu.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Osagie Omenai, "Autonomy as a Rationale for EC Competition Law", *UCL Jurisprudence Review* 2001, str. 204.

<sup>31</sup> Funkcionalna konkurencija je termin koji ekonomisti koriste za socijalno prihvatljivu tržišnu situaciju (G. Stocking, "On the Concept of Workable Competition as an Antitrust Guide", *The Antitrust Bulletin* No. 2/1956, str. 4).

<sup>32</sup> O. Omenai, "Autonomy as a Rationale for EC Competition Law", *UCL Jurisprudence Review* 2001, str. 203.

<sup>33</sup> Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, *EU Competition Law*, Maribor/Beograd 2008, str. 28/29.

<sup>34</sup> Vodič za primenu čl. 81(3) Ugovora, tač. 14.

<sup>35</sup> V. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* (OJ C 11 of 14.01.2011), tač. 27.

<sup>36</sup> C-309/99 [2002] ECR I-01577, tač. 97.

Sloboda privredne inicijative ni inače nije neograničena. Tako npr., privredni subjekti nemaju apsolutno pravo da odbiju da obavljaju privrednu delatnost.<sup>37</sup> Ovo pogotovo ako se nalaze u dominantnom tržišnom položaju, jer se u tom slučaju odbijanje poslovanja, ako nije zasnovano na pravima intelektualne svojine, po pravilu, smatra zloupotrebom dominantnog položaja na tržištu. Korespondentni pravni režim važi i za kolektivni bojkot. Osim toga, u američkom pravu privrednim subjektima nije dozvoljeno da likvidiraju deo proizvodnih ili trgovinskih kapaciteta, ako je to motivisano diskriminatornim razlozima.<sup>38</sup>

#### DOBROBIT POTROŠAČA

Nisu samo privredno-pravni subjekti, a pre svega proizvođači i prodavci, tržišni učesnici. To su i potrošači u smislu fizičkih lica kao finalnih kupaca i krajnjih korisnika roba i usluga. Potrošači su, pre svega, od značaja za konkurenciju jer u konkurencijsko-pravnom odnosu, dakle konkurenti, mogu biti samo oni privredno-pravni subjekti koji robu ili usluge nude istoj grupi kupaca.<sup>39</sup> Daka-ko da nisu svi kupci potrošači, ali nema sumnje da se oni privredni subjekti koji nude robu i usluge istoj grupi potrošača nalaze u konkurentskom odnosu. Drugo, (opet u zavisnosti od vrste roba i usluga) mnogi konkurenti se na tržištu nadmeću da bi privukli potrošače, pa je tako uspeh u privlačenju potrošača indikator uspeha u tržišnom takmičenju.

Prodavci privlače potrošače nižim cenama, boljim kvalitetom, te širim asortimanom roba i usluga. Imajući to u vidu, jasno je da je očuvanje konkurencije na tržištu od značaja za ekonomske interese potrošača. Međutim, korist je obostrana. S obzirom da su potrošači pokazatelj uspešnosti poslovanja, to je u interesu efektivne konkurencije da taj pokazatelj neometano vrši svoju funkciju. Pošto su potrošači zbog slabije ekonomske moći i time slabije pregovaračke pozicije na

---

<sup>37</sup> Henry Perritt, James Wilkinson, "Economic Pressure and Antitrust", *The American University Law Review* No. 23/1974, str. 656.

<sup>38</sup> *Ibidem*, str. 655. Na sledećoj strani citiranog članka autori dodaju da je likvidacija celog privrednog društva, pa makar i iz diskriminatornih razloga, dopuštena jer tada prestaje pravni subjektivitet, pa samim tim prestaju i odnosi nadmetanja na tržištu u kojima je likvidirani privredno-pravni subjekt učestvovao.

<sup>39</sup> "O poslovnoj utakmici može biti govora samo kad ima jednog ili više takmičara u istoj poslovnoj branži,... Kako je cilj utakmice da se od drugog takmičara privuče mušterija, treba imati u vidu, da utakmica postoji samo u tome slučaju, kad konkurenti imaju iste mušterije. Prema tome, neće postojati utakmica između krojača u nekom selu u Slovačkoj i krojača u nekoj palanci u Južnoj Srbiji, jer nemaju iste mušterije;" (Janko Šuman, *Nelojalna utakmica*, Komentar Zakona o suzbijanju nelojalne utakmice, Beograd 1939. god., str. 1).

tržištu ranjivi, potrebno ih je pravno zaštititi, a naročito od eksploatatorskih poslovnih praksi.<sup>40</sup>

Počev naročito od 1980-81, u američkom antimonopolskom pravu razvila se paradigma o izostanku intervencije u slučaju tržišnog ponašanja za koje nije verovatno da će redukovati potrošački višak vrednosti.<sup>41</sup> “Intervencija bi se predominantno trebalo da fokusira na to da se potrošačima obezbedi efektivan izbor.”<sup>42</sup> Tako je kao zaštitni objekat prava konkurencije promovisana maksimizacija dobiti potrošača.<sup>43</sup> Zaštita interesa potrošača u pravu konkurencije naročito je izražena u vezi sa izuzećem restriktivnih sporazuma od primene kartelne zabrane. Reč je o drugom uslovu za izuzeće prema kojem se izuzeće može dozvoliti jedino ako se potrošačima obezbedi pravično učešće u koristima koje se restriktivnim sporazumom postižu. Pored toga, jedan od imenovanih slučajeva zloupotrebe dominantnog tržišnog položaja je ograničavanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača.

Vremenom je maksimizacija dobiti potrošača međutim postala konkurencijsko-politička mantra i doživela neosnovano preuveličavanje značaja,<sup>44</sup> uprkos tome što *neposredan* predmet zaštite prava konkurencije nisu interesi tržišnih učesnika, pa samim tim ni potrošača. Čemu onda služi potrošačko pravo, pa čak i pravo suzbijanja neobjektivne konkurencije? Da blagostanje potrošača ne uživa apsolutnu zaštitu u pravu konkurencije Evropske unije potvrđeno je u sudskoj praksi ECJ.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> “Konkurencija šteti društvu kada se preduzeća takmiče u eksploataciji potrošača” (M. Stucke, “Is competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, str. 174).

<sup>41</sup> E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 377.

<sup>42</sup> Helen Jenkins, “Protecting Consumers: Does Competition Policy Help?”, *Competition Law Review* No. 4/2005, str. 286.

<sup>43</sup> R. Ahdar, “The Meaning of ‘Competition’ and the Commerce Act 1986”, *Otago Law Review* No. 2/1986, str. 325.

<sup>44</sup> “Blagostanje potrošača je primarni pokretač (*driver*) politike u oblasti konkurencije” (H. Jenkins, “Protecting Consumers: Does Competition Policy Help?”, *Competition Law Review* No. 4/2005, str. 283).

<sup>45</sup> “Da bi se utvrdilo da je narušavanje konkurencije cilj sporazuma između preduzeća, nije neophodno da su potrošači lišeni koristi od efektivne konkurencije u smislu snabdevanja ili cena.” (Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:C:2009:610, tač. 63).

Isti stav se zastupa i u delu američke pravne teorije.<sup>46</sup> Time se sprečava pretvaranje prava konkurencije u potrošačko pravo.<sup>47</sup>

#### EKONOMSKA EFIKASNOST

Pojava ekonomske efikasnosti kao zaštitnog objekta prava konkurencije podudara se sa periodom restitucije ekonomskog (neo)liberalizma i političkog konzervativizma.<sup>48</sup> U tom smislu bi se moglo reći da je do 70-tih godina XX veka postojao konsensus da je zaštitni objekt prava konkurencije nadmetanje privrednih subjekata u privlačenju kupaca. Međutim, od tada, pod uticajem tzv. Čikaške škole, zaštitnim objektom prava konkurencije počela se smatrati efikasnost u alokaciji resursa kojom se postiže maksimizacija ekonomskih rezultata – ekonomska efikasnost.<sup>49</sup> Konkretno, 1977. godine je presuđenjem u slučajevima *Brunswick*,<sup>50</sup> *Fortner II*<sup>51</sup> i *Sylvania*<sup>52</sup> praktično zauzet stav da “sve dok umanjeње proizvodnje ili prodaje ne uzrokuje povećanje cena, ne postoji problem – barem ne u pravu konkurencije.”<sup>53</sup> To znači da se prihvatanjem ekonomske efikasnosti kao zaštitnog objekta u pravo konkurencije uvodi svojevrsni minimalizam pravne intervencije. Tako najliberalnije pristalice Čikaške škole zastupaju stav da se svrha prava konkurencije iscrpljuje u sprečavanju državne intervencije u privredi. Oni smatraju da će karteli, zbog autodestruktivne prirode, sami sebe uništiti pre nego što to učini država. Nešto umereniji zagovornici ove ideje smatraju da je saradnja među

---

<sup>46</sup> To što usled ponašanja tuženog potrošači nisu pretrpeli štetu nije prepreka da tužilačko preduzeće dobije spor zbog narušavanja konkurencije (E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 383), jer se pretpostavlja da je zdrav i nenarušen konkurencijski proces u interesu potrošača (*Ibidem*, str. 384).

<sup>47</sup> Sir Peter Roth, “The continual evolution of competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 7/2019, str. 20.

<sup>48</sup> E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 379.

<sup>49</sup> H. Gerla, “Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law”, *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 210.

<sup>50</sup> *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

<sup>51</sup> *United States Steel Corp. v. Fortner Enters., Inc.* 429 U.S. 610 (1977).

<sup>52</sup> *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977).

<sup>53</sup> F. Easterbrook, “Monopolization: Past, Present, Future”, *Antitrust Law Journal* No. 1/1992, str. 105.

konkurentima uglavnom” razumno neophodna kako bi se privreda održala zdravom i produktivnom.”<sup>54</sup>

Promovisanje ekonomske efikasnosti kao zaštitnog objekta prava konkurencije nije sasvim bez osnova. Prvo, konkurencija je ekonomska pojava. Drugo, cene, količina, kvalitet, asortiman, inovacije kao parametri konkurencije, ekonomske su prirode. Treće, ekonomska efikasnost je cilj efektivne konkurencije.<sup>55</sup> Konačno, prvi uslov za izuzeće restriktivnog sporazuma od primene kartelne zabrane odnosi se na postizanje ekonomskih koristi, uprkos ograničavanju konkurencije. I da ne zaboravimo, uvođenjem na ekonomiji baziranog pristupa u primeni prava konkurenciju u vidu korektiva smanjuje se pravni formalizam.

Međutim, ekonomska efikasnost nije konkurencija nego rezultat, posledica nenarušenog funkcionisanja konkurencije. Neki teoretičari, vrlo osnovano, dokazuju da ekonomski efekti, poput nižih troškova, nisu primarni već sekundarni rezultat neometane konkurencije.<sup>56</sup> Primarni efekat neometanog konkurencijskog procesa bila bi poboljšana produktivnost koja se postiže kroz eliminaciju tzv. unutrašnjih X-neefikasnosti, a posledica poboljšane produktivnosti bili bi niži troškovi, dok bi niže cene kao posledica nižih troškova bile tek tercijalni rezultat funkcionalne konkurencije. Zato se prilikom izbora da li prednost pravne zaštite pružiti ekonomskoj efikasnosti ili očuvanju efektivnog tržišnog nadmetanja, prednost daje očuvanju procesa efektivnog tržišnog takmičenja.<sup>57</sup> I drugo, čak i da se ostvare ekonomski efekti, poput recimo nižih troškova, ne postoji garancija da će preduzeće te efekte staviti u funkciju dobrobiti potrošača (kroz niže cene) ili tehničko-tehnološkog napretka (kroz ulaganje u istraživanje i razvoj). Postoje podaci da je recimo *Google* 2011. godine potrošio 9,6 miliona dolara na lobiranje.<sup>58</sup> To, kao i razbacivanje na luksuz, reprezentaciju, pa čak i preterani marketing, pre se može smatrati traćenjem resursa kojem se pravno ne može dati preimućstvo nad konkurencijom. Zbog svega toga se pravom konkurencije primarno štiti kon-

<sup>54</sup> E. Fox, “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 378.

<sup>55</sup> Ako se nadmetanjem na tržištu ne postiže ekonomska efikasnost odnosno društveno blagostanje, onda se opravdano može pretpostaviti da je funkcionisanje konkurencije problematično.

<sup>56</sup> H. Gerla, “Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law”, *Nebraska Law Review*, No. 2/1996, str. 211.

<sup>57</sup> Vodič za primenu čl. 81(3) Ugovora, tač. 105. Isto tako: M. Tratnik, A. Ferčič, *EU Competition Law*, Maribor/Beograd 2008, str. 117.

<sup>58</sup> M. Stucke, “Is competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement* No. 1/2013, str. 181. *Microsoft* je iste godine na lobiranje potrošio 7.335.000 dolara.



kurencija, a ne efikasnost.<sup>59</sup> Povreda konkurencije je širi koncept nego rezultatski orijentisano ograničenje proizvodnje ili prodaje.<sup>60</sup>

### KONKURENCIJSKI PRITISAK

Konkurencija je složena pojava i prvo što se prilikom određivanja zaštitnog objekta ne može učiniti, to je svodenje konkurencije na neki od njenih segmenata. Drugo, dobrobit potrošača i ekonomska efikasnost nisu konkurencija, već rezultat konkurencije.<sup>61</sup> Zaštitni objekt prava konkurencije pak mora biti trajni podstrek privredno-pravnim subjektima da budu ekonomski što efikasniji, na sopstvenu korist i korist potrošača i čitavog društva. Dakle šta je to što može da uživa apsolutnu konkurencijsko-pravnu zaštitu bez izuzetka? To je trajni razlog takmičenja, trajni razlog za sniženje troškova i inoviranje, trajni podsticaj za unapređenje poslovanja: kompetitivni pritisak.<sup>62</sup> Očuvanjem dovoljnog intenziteta konkurentskog pritiska ili barem njegovog potencijala kroz realnu mogućnost ulaska na tržište,<sup>63</sup> štiti se i kompetitivna tržišna struktura i tržišna dinamika i istovremeno obezbeđuje podsticaj za ostvarenje ekonomskih koristi, pa samim tim i koristi za potrošače. U tom smislu, konkurencija se smatra povređenom kada se sposobnost ili podsticaj jednako efikasnog tržišnog učesnika da konkuriše umanjuju ili mogu oslabiti preduzimanjem restriktivne poslovne prakse od strane jednog ili više njegovih konkurenata. Usled umanjenja sposobnosti i podsticaja privrednog subjekta da konkuriše, slabi pritisak koji konkurent vrši prema drugim konkurentima odnosno koji predstavlja za njih. "Otuda bi u fokusu analize trebalo da budu uticaj prakse na kompetitivni pritisak."<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> E. Fox, "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect", *Antitrust Law Journal* No. 2/2002, str. 383.

<sup>60</sup> *Ibidem*, str. 405.

<sup>61</sup> R. Ahdar, "The Meaning of 'Competition' and the Commerce Act 1986", *Otago Law Review* No. 2/1986, str. 325.

<sup>62</sup> Konkurentski pritisak je osnovni efekat konkurencije (B. Begović, V. Pavić, "Uvod u pravo konkurencije", Beograd 2012, str. 14), a njegovo očuvanje jedan od temeljnih ciljeva antimonopolskog prava (Mišljenje Opšteg pravobranioca *Juliane Kokkot* dato u predmetu C-23/14 *Post Danmark*, tač. 73).

<sup>63</sup> Konkurentski pritisak može postojati i u odsustvu efektivnog konkurencijskog procesa jer ga tada čine ili predstavljaju potencijalni konkurenti

<sup>64</sup> P. I. Colomo, A. L. de Pablo, "On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know" in: *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*(eds. M. Gerard, B. Meyring), Brisel 2017, str. 41.

## SLOBODA TRGOVINE

Nije sporno da se pravom konkurencije štiti sloboda trgovine.<sup>65</sup> S obzirom da je stvaranje jedinstvenog evropskog tržišta jedan od fundamentalnih ciljeva Evropske unije, poseban cilj prava konkurencije Evropske unije je otkloniti mogućnosti da trgovinu među državama članicama ometaju privatne barijere stvarene restriktivnim poslovnim ponašanjem tržišnih učesnika. Pravo konkurencije je tako u funkciji ekonomske integracije.

## ZAKLJUČAK

Pravom konkurencije štite se razne pojave, dobra i vrednosti, ali svi oni nisu istog ranga. Prvorazredni predmet zaštite u pravu konkurencije su: konkurencijski pritisak i integracija tržišta. Konkurencijski pritisak se izdvaja kao dominantan predmet konkurencijskopravne zaštite zbog toga što očuvanje konkurentskog pritiska, aktuelnog i/ili potencijalnog, predstavlja kontinuirani podsticaj za ostvarenje ciljeva konkurencijske politike i prava, a naročito za postizanje ekonomske efikasnosti, koristi po potrošače i društvenog blagostanja uopšte. To je faktor konkurencije koji na kraju ima preimućstvo u odnosu na sve ostale zaštitne objekte prava konkurencije, pa i ekonomsku efikasnost. Uz to je i sveobuhvatan jer podrazumeva i strukturalni element (nema konkurentskog pritiska bez konkurenata, aktuelnih i/ili potencijalnih) i dinamičku dimenziju konkurencije (ispoljava se, po prirodi stvari, u svakom konkurencijskom procesu).

Iako je moderno danas u pravu konkurencije, pa i šire, razmišljati u terminima maksimizacije ekonomske dobiti i uopšte *economy-based* pristupu, ipak je bolje vratiti se osnovama tj. starim, proverenim vrednostima jer konkurencija jeste ekonomska pojava, ali u pravu konkurencije to je pravni pojam. Imajući to u vidu, povreda konkurencije bi se u budućem zakonu o zaštiti konkurencije mogla ovako definisati: "Povredom konkurencije smatraju se oni pravni poslovi, akti i radnje učesnika na tržištu kojima su cilj ili posledica znatno umanjenje sposobnosti ili podsticaja jednako efikasnog preduzeća da konkuriše na relevantnom tržištu, a što se u odsustvu predmetnih pravnih poslova, akata i radnji ne bi postiglo, kao i oni pravni poslovi, akti i radnje koji su zaključeni, doneseni ili preduzeti s namerom da se narušavanje konkurencije omogući, olakša ili prikrije."<sup>66</sup>

<sup>65</sup> H. Perritt, J. Wilkinson, "Economic Pressure and Antitrust", *The American University Law Review* No. 23/1974, str. 635.

<sup>66</sup> Ovaj poslednji deo (posle zarez a iza reči *postiglo*) nismo obradili u ovom radu, a odnosi se na obezbeđenje pravnog osnova za odgovornost tzv. kartel facilitatora. Takođe, deo definicije koji glasi: "a što se u odsustvu predmetnih akata i radnji ne bi postiglo" odnosi se na tzv. kontračinjeničnu

STEFAN SHOKINYOFF, Ph.D.,  
Full Professor, Faculty of Law  
University in Kragujevac

## THE PROTECTED SUBJECT MATTER OF COMPETITION LAW

### Summary

Competition is a complex and a multi-task conception. It serves, inter alia, to protect market structure, undertaking's freedom of action and rivalry and to achieve economic efficiencies to the benefit of consumers and a whole society. But all of these are not of the same importance. The most important protected subject matter of competition law is competitive pressure. Competitive pressure is the main incentive for competitors to innovate and compete as more successfully as they can and thus to achieve economic, social and other goals. While other goals are either partial or not competition at all, competitive pressure is of indubitably competitive nature and also a complete subject matter since encompasses both, the structural segment of competition (competitive pressure is made by competitors actual and/or potential) and the dynamic one (competitive pressure normally displays in any competitive process).

Key words: competition law, market structure, freedom of action, economic efficiency, competitive pressure

---

(*counterfactual*) analizu (analizu na bazi stanja koje bi postojalo da predmetni akti i radnje nisu preduzeti), a koja je skoro nezaobilazno metodološko sredstvo za ocenu antikompetitivnih efekata poslovnih akata i radnji.



RAJKO IGNJAČEVIĆ

## SLUČAJ ZLOUPOTREBE ARBITRAŽE ILI IGNORISANJA ARBITRAŽNOG UGOVORA

*Ovaj rad je pisan na osnovu činjenica iz jednog nesvakidašnjeg slučaja vezanog za oblast arbitražnog prava i arogantne zloupotrebe prava i ignorisanja zaključenog arbitražnog ugovora. Smatram da sam u obavezi da ga iznesem na ovom skupu kao važnu informaciju, ali, takođe, i radi kolegijalne pouke svima onima koji se bave arbitražnim pravom, bez obzira u kom svojstvu.*

Ključne reči: *arbitraža, arbitražni ugovor, zloupotrebe, arogancija, profesionalna košarka, povrede postupka*

\* \* \*

U toku dugogodišnje prakse zastupanja u arbitražnim sporovima nisam verovao niti sam imao svest da arbitraža kao institucija može da se drastično zloupotrebi na štetu jedne strane ili da se ignoriše arbitražni ugovor na vrlo arogantan način. Međutim, u jednom spornom odnosu dve ugovorne strane to se upravo dogodilo. Radi se o sporu nastalom u okviru profesionalne košarke gde su uzeli učešće jedan košarkaški klub i profesionalni igrač.

Sušтина nastalog spora je proizišla iz obaveze kluba da plaća profesionalnom igraču mesečne novčane naknade za njegov angažman kao i bonusa ugovorenih za slučajeve rezultatskih uspeha kluba.

---

Rajko Ignjačević, advokat u Beogradu.

Klub i igrač su zaključili ugovor o njegovom angažovanju da igra košarku u domaćim i međunarodnim takmičenjima u kojima klub učestvuje. Ugovorom je određeno vremensko trajanje za tri takmičarske sezone sa precizno utvrđenim obavezama za obe strane. Igrač je imao obavezu treniranja, igranja, nastupa u javnosti i medijima, a sve to po pravilniku kluba.

S druge strane, klub je imao novčane obaveze (plaćanje nagrade i bonusa) kao i obaveze organizacije treninga, takmičenja, putovanja na gostovanja u zemlji i inostranstvu, itd. Postojao je disciplinski pravilnik kojim su određene novčane kazne za nepoštovanje precizno utvrđenih normi ponašanje igrača.

Klub je u sezoni 2017/2018. osvojio nekoliko domaćih i međunarodnih takmičenja. Na osnovu tih rezultata nastala je i obaveza kluba da isplati predviđene novčane bonuse za ostvarene uspehe.

Međutim, klub je kasnio sa isplatama novčanih naknada igračima, te je na završetku uspešne sezone održan sastanak kluba i svih igrača, na kome je klub predložio da se rok za isplatu svih dugovanja igračima pomeri za sledećih mesec dana. Ovaj predlog su prihvatili svi igrači saglasno, pri čemu se nijedan igrač nije protivio. Dakle, izmenjeni rok za isplatu je dospevao 15. jula 2018. godine. Ugovorom je predviđeno da ako klub preuzete obaveze ne izvrši u roku od 30 dana po proteku roka dospelosti, igrač ima pravo na jednostrani raskid ugovora na štetu kluba. Ovo praktično znači prelazak u druge klubove, domaće ili inostrane, a bez obeštećenja za klub pri čemu je klub u obavezi izdavanja ispisnice igraču (*Letter of clearance – LoC*). U okviru osnovnog ugovora predviđena je arbitražna klauzula određujući nadležnost za rešavanje svih sporova: arbitražu *Basketball Arbitral Tribunal (BAT)* čiji je osnivač *Federation Internationale de Basketball Amateur (FIBA)*.

U konkretnom slučaju igrač je u celosti isplaćen (mesečne novčane naknade i bonusi) dva dana po proteku naknadno utvrđenog novog roka dospelosti. Međutim, igrač je jednostrano raskinuo ugovor prvog dana po proteku roka dospelosti i tražio ispisnicu (*LoC*). Klub je odbio da izda ispisnicu smatrajući da je zahtev neosnovan i da je osnovni ugovor i dalje na snazi osim rokova dospelosti za plaćanje koji je saglasno izmenjen.

Iako pismeno pozvan, igrač se nije pojavio na početak priprema (avgust 2018) za sledeću sezonu, čime je prekršio klupsku disciplinu.

Krajem avgusta 2018. godine igrač je podneo Komisiji za takmičenja Košarkaškog saveza Srbije: Zahtev za utvrđenje – dakle, deklaratorni zahtev - da je njegov ugovor sa klubom raskinut krivicom kluba.

Po slovu Registracionog pravilnika Košarkaškog saveza Srbije (KSS), ova komisija je de facto predstavljala arbitražu koja je nadležna za rešavanje sporova između klubova i igrača ukoliko klub i igrač nisu ugovorili nadležnost BAT ar-

bitražu za rešavanje ovih sporova. U konkretnom slučaju klub i igrač su ugovorili upravo BAT arbitražu za rešavanje svih sporova, što je isključivalo nadležnost KSS arbitraže.

Po podnetom zahtevu (28. avgusta 2018. godine) zakazana je rasprava pred arbitražom KSS. Na raspravi se pojavio samo jedan član komisije (arbitar) i posle rači zastupnika stranaka raspravu je zaključio, i sutradan je doneta odluka u kojoj se navodi da se ugovor zaključen između kluba i igrača smatra raskinutim. Takav laički izraz jasno ukazuje na činjenicu da o deklaratornom zahtevu nije ni odlučeno.

Klub je, inače, i u pismenoj formi i u reči na raspravi uložio prigovor o ne-nadležnosti te komisije, s obzirom da je ugovorena nadležnost BAT arbitraže. Opreza radi, predložio je i izvođenje više dokaza uključujući saslušanje stranaka i svedoka. Iz toka rasprave i u samoj odluci, nije rešeno o prigovoru nadležnosti niti je dato obrazloženje za ocenu predloga za izvođenje dokaza. To su ozbiljni propusti koji su izazvali priličnu sumnju u nepristrasnost u odlučivanju. Kada se ima u vidu da nije sudila komisija – arbitražno veće – već pojedinac (koji je i advokat po profesiji) onda je očigledan apsurd predstavljen kao teška povreda postupka koji je vođen arogantno, neznačajki i pristrasno u korist igrača, a na štetu kluba. Sledstveno, sam otpripravak rešenja ima sva svojstva falsifikata jer je navedeno da je “odluku” donelo Veće od tri arbitra što nije odgovaralo istini, jer je istu doneo jedan arbitar, a ne tri arbitra kako je određeno pravilima. Kao takav, postupak predstavlja i ozbiljnu i nedozvoljivu zloupotrebu arbitraže i sledstveno: povredu prava na fer suđenja – izvođenje predloženih dokaza (*audiatur et altera pars*).

Prema pravilima u ovom sportu, oštećena strana ima pravo da inicira postupak pred Stalnom sportskom arbitražom Olimpijskog komiteta Srbije (SSA). Klub je takvu mogućnost iskoristio i inicirao arbitražu pred Stalnom sportskom arbitražom Olimpijskog komiteta Srbije. U svom zahtevu je pored isticanja sadržine istog, imenovao arbitra, inače eminentnog profesora univerziteta, koji je ekspert i za arbitražno pravo.

Inače, ovaj postupak ima obeležja i karakter žalbenog postupka shodno sporazumu Košarkaškog saveza Srbije i Olimpijskog komiteta Srbije.

Klub je platio i predujam troškova postupka (72.000 din.).

Zahtev je blagovremeno podnet 20. septembra 2018. godine, a protivna strana je dala svoj pismeni odgovor 1. oktobra 2018. godine.

Dana 15. oktobra 2018. godine navodno je obrazovano Arbitražno veće. Posle toga Arbitražno veće a ni SSA OK Srbije nisu preduzeli bilo koji procesni korak. Zato je klub 21. februara 2019. godine uputio zahtev za objašnjenje.

Na zaprepašćenje kluba, a kako je navedeno u pismenom otpravku odluke, Veće SSA je donelo rešenje da se dalji postupak obustavlja kao nemoguć i da se raspušta Veće! Ovo rešenje je dostavljeno klubu tek po njegovoj pomenutoj intervenciji, odnosno 25. februara 2019. godine (dva meseca po donošenju rešenja)! U obrazloženju rešenja se navodi da je takva odluka doneta na osnovu odluke FIBA od 17. oktobra 2018. godine koju je Veću dostavio igrač i po kojoj mu je dozvoljen prelazak u jedan inostrani klub.

Ovakva tzv. "odluka" je diskriminatoriska u najgorem smislu sa sledećih razloga.

Prvo, odluku je navodno donelo Arbitražno veće pri čemu arbitar koga je imenovao klub nikada nije bio obavešten o žalbi kluba niti je upoznat da se postupak uopšte odvijao. Sledstveno, nije ni učestvovao u donošenju takve "odluke" iako je to navedeno u odluci!

Drugo, odluku je potpisao samo "predsednik Arbitražnog veća" koje nikada nije funkcionisalo niti obavljalo svoju misiju kako nalažu pravila ove arbitraže i principi i načela arbitražnog prava i doktrine.

Treće, podnesak igrača nikada nije dostavljen klubu koji nije sa istim uopšte upoznat, niti je mogao da obezbedi svoje komentare. Opet gruba povreda načela *audiatur et altera pars*.

Dakle, u ovom slučaju se radi o teškoj zloupotrebi arbitraže i njenom nečuvenom ignorisanju, a sve na štetu jedne stranke odnosno kluba. Dalje, pismeni otpravak navedene "odluke" takođe predstavlja falsifikat jer je nije donelo Veće kako je navedeno, već jedan arbitar bez učešća druga dva arbitra, koji su tobože bili u sastavu Veća koje nije ni postojalo.

Između stranaka je bilo spornih nekoliko pitanja:

- da li je postojala saglasnost igrača na produženje roka za isplatu;
- da li je klub blagovremeno izvršio svoje novčane obaveze u naknadno dogovorenom roku;
- da li je igrač imao pravo i ugovorno ovlašćenje da jednostrano raskine Ugovor o angažovanju ili nije.

Sva ova sporna pitanja su pravna pitanja za čije je rešavanje bila isključivo nadležna BAT arbitraža što su "arbitraže" KSS i SSA ignorisali u potpunosti.

U daljem razvoju ove situacije došlo se ponovo do ignorisanja arbitražnog ugovora, čak i do apsurdna. Naime, po zahtevu igrača da mu se izda ispisnica, KSS i pored spomenute "odluke" svoje arbitraže, odbija da se izda ispisnica navodeći da je ugovor između kluba i igrača validan i na snazi.

Igrač tada piše predstavku FIBA sa zahtevom da FIBA dozvoli igraču prelazak u španski klub. Za takav zahtev je bio nadležan Generalni sekretar FIBA.



Klub je pozvan da se izjasni o zahtevu, što je blagovremeno i učinio ističući da je za sporna pitanja isključivo nadležna arbitraža BAT, koju je inače osnovala FIBA i da o spornim pravnim pitanjima nikako nije mogao da odlučuje službenik FIBA.

Međutim, Generalni sekretar je tih dana umro, pa je odluku doneo neovlašćeni drugi službenik FIBA i to tako da je igraču dozvolio prelazak u španski klub. Prigovori kluba u pogledu nadležnosti BAT arbitraže, nije uopšte razmatran. Dakle, nova zloupotreba i ignorisanje arbitraže i Ugovora o arbitraži sa neverovatnim birokratskim pristupom.

Pošto je dobio saglasnost za prelazak u španski klub, igrač zaključuje u Španiji ugovor o angažovanju na period od tri godine. Međutim, bez odigrane utakmice, igrač odmah prelazi u konkurentni gradski drugi klub u Srbiji po osnovu tkzv. pozajmice igrača i zaključenog sporazuma španskog i srpskog kluba, za šta je od srpskog kluba dobio naknadu od € 25.000. Ova naknada je u suštini naknada španskom klubu za ovakvu špekulativnu uslugu.

Ova konstrukcija je bila potrebna tom drugom srpskom klubu i igraču, jer direktan prelazak igrača u taj klub nije bio moguć budući da je KSS smatrao da je njegov ugovor validan i na snazi te ga ne bi registrovao za novi srpski klub. Zato je i smišljen ovaj špekulativni put za izigravanje suštine i izbegavanja obaveze plaćanja obeštećenja oštećenom klubu u mnogo većem iznosu od € 25.000 koje je konkurentski klub platio španskom klubu kao naknadu za uslugu za sprovođenje i kamuflažu zloupotrebe i nečasnih radnji.

Igrač u novoj sezoni nastupa za novi srpski klub sa kojim je odmah zaključio Ugovor o angažovanju na tri sezone iako je od španskog kluba formalno pozajmljen samo na jednu sezonu!? Time je lanac zloupotreba okončan.

Međutim, po isteku te sezone igrač i novi srpski klub menjaju ugovor utoliko što se godišnja novčana primanja igrača povećavaju. Ali istovremeno srpski klub sada pozajmljuje igrača grčkom klubu verovatno uz novčanu naknadu ili potpuno obeštećenje shodno povećanim iznosima naknade za angažovanje kojim je novi srpski klub uspeo da ostvari zaradu. Ponovo na štetu matičnog srpskog kluba sa kojim se sporio igrač.

I to nije sve. Igrač je tužio klub od koga nije dobio ispisnicu, ali sada po osnovu nadležnosti BAT arbitraže. Postavio je zahtev za naknadu izgubljene dobiti obračunatu u punom godišnjem novčanom iznosu za sve vreme koliko bi ugovor trajao da nije raskinut. Klub prigovora i zahteva od BAT arbitraže da obaveže igrača da dostavi kopije ugovora sa španskim i srpskim klubovima. Tada se razotkriva nemoralnost igrača, novog srpskog kluba i šanskog kluba i njegovih savetnika. Ugovori su dostavljeni, te onda igrač povlači zahtev za razliku za dve sezone (oko 80% od prvobitnog zahteva). Takav preinačeni zahtev je priznat i klub je obavezan na plaćanje te razlike za dve sezone. Saga nije još završena, jer klub

je tražio od FIBA da igraču naloži da dostavi kopiju ugovora sa grčkim klubom. Međutim, pravnik FIBA nalazi da nema razloga da FIBA tumači BAT odluku, što praktično znači da je zahtev odbijen, čime je veo tajnosti ukupne špekulacije očuvan na štetu kluba.

Pravi motiv za kreiranje i nastajanje ove sage očigledno se sastojao u nameri da se klub ošteti utoliko što nije dobio obeštećenje od novog rivalskog kluba igrača, što bi bio slučaj da su okolnosti bile regularne.

Zato je i smišljeno izvršena ovakva špekulacija ignorisanjem i nesvakidašnjom i skandaloznom zloupotrebom arbitraže i arbitražnog ugovora.

Poznata je stara izreka da je arbitražni ugovor redak ugovor koji stranke ne bi želele da izvrše jer se nadaju i očekuju da do sporova neće doći, i da su sve međusobne obaveze valjano izvršene. Međutim, u našem slučaju arbitražni ugovor nije izvršen jer su sporna pitanja rešena birokratskim putem, uz potpunu ignorisanost i zloupotrebu institucionalne arbitraže (BAT) i arbitražnog ugovora. Čudno je i zaprepašujuće to da su paravan za takvo delovanje bili oni subjekti koji to nikako ne bi smeli da budu. A to su KSS i FIBA i Olimpijski komitet Srbije.

Ovo svoje gorko iskustvo iznosim sa ciljem da svi oni koji imaju praksu sa arbitražnim pravom budu upoznati o tome šta sve može da se dogodi kao posledica arogantne i grube zloupotrebe i ignorisanje arbitraže i arbitražnog ugovora čime se nesumnjivo pravna sigurnost urušava i diskredituje birokratskim putem od nenadležnih samovoljnih pojedinaca. Na kraju, pitanje je da li su svi akteri ove špekulacije potpuni laici za arbitražno pravo, što je manje verovatno, ili je u pitanju nešto drugo, recimo koruptivni razlozi, što je mnogo više verovatno!

RAJKO IGNJAČEVIĆ  
Lawyer, Belgrade

## THE CASE OF MISUSE OF ARBITRATION AND IGNORANCY OF ARBITRATION AGREEMENT

### Summary

This work is written on the basis of facts from one unusual case related to the scope of arbitration law and arrogant misuse of the right and ignorance of the concluded Arbitration Agreement. I believed that I am obligate to present it at this conference as important information and also as collegial enlightenment to everybody who are practicing arbitration law regardless in which capacity.

*Key words:* arbitration, arbitration agreement, misuse, arogancy, professional basketball, procedural infringement

## PRIMENA MEĐUNARODNOG PRAVA U MEĐUNARODNIM INVESTICIONIM SPOROVIMA

*Pitanje merodavnog prava u investicionim sporovima se postavlja u različitim fazama postupka. Prvi put, kod određivanja nadležnosti arbitraže da odlučuje o konkretnom sporu, zatim kod odlučivanja o suštini spora i, na kraju, kod priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. U sva tri slučaja moguće je da se kao merodavno pravo za pojedina pitanja primene odredbe različitih pravnih sistema: međunarodno pravo, pravo EU i domaće pravo države prijemnice kapitala.*

*Mogućnost primene različitih propisa (i pravnih sistema) koji se razlikuju po sadržini ne samo što otežava i usporava donošenje i izvršenje arbitražne odluke, već stvara i opštu pravnu nesigurnost u meri u kojoj se merodavni pravni sistemi razlikuju između sebe, ali i zbog nerešenog pitanja međusobne hijerarhije navedenih izvora. Imajući u vidu takvu situaciju, cilj rada je da prikaže različita rešenja koja u tom pogledu postoje u pozitivnim izvorima, pravnoj teoriji i arbitražnoj praksi i da se nakon toga učine određene preporuke.*

*Ključne reči: merodavno pravo, međunarodno pravo, BiT, investicioni sporovi*

### POSTAVLJANJE PROBLEMA

Arbitražni način rešavanja sporova se praktikuje i preporučuje u različitim oblastima ekonomskog, političkog i društvenog života.<sup>1</sup> Arbitraže su naročito popularne kod rešavanja trgovinskih sporova, pa su se kao posebne izdvojile

---

Dr Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

<sup>1</sup> V. Jelena Vukadinović, Ugovor o arbitraži – osnov derogacije sudske nadležnosti, *Zbornik radova sa XI Savetovanja iz oblasti građanskog prava*, Jahorina 2016, str. 66.

međunarodne trgovinske arbitraže.<sup>2</sup> Slične njima su i međunarodne investicione arbitraže,<sup>3</sup> koje se od prethodnih razlikuju po svojstvima stranaka u sporu, kao i po ogromnim tužbenim zahtevima čije izvršenje može bitno uticati na suverenitet tuženih država. Otuda je rešavanje investicionih sporova složeno i delikatno, ne samo zbog toga što se za rešavanje pojedinih pitanja mogu primeniti pravila iz različitih pravnih sistema, već i zbog toga što između tako određenih pravila nije definisan hijerarhijski odnos.<sup>4</sup> Složenost potiče iz mešovite prirode samog investicionog posla u kome su sadržani elementi brojnih poslova, a delikatnost zbog toga što se kao tuženi javljaju suverene države.

Kod međunarodnih investicionih arbitraža tužena je država prijemnica kapitala (*home state*), dok se kao tužilac javlja isključivo strani (privatni) investitor. Ovakve sporove ne mogu da pokrenu države prijemnice kapitala. Investitori često traže na ime naknade štete više desetina milijardi evra što tužene države stavlja u vrlo nezavidan ekonomski, a kasnije i politički položaj. No, bez obzira na to, u literaturi se po pravilu navode brojne prednosti arbitraža u odnosu na sudove<sup>5</sup> i navode razlozi za njeno ugovaranje.<sup>6</sup> Tek u poslednjih dvadesetak godina ovakvo uverenje se dovodi u pitanje.<sup>7</sup> Naročito kada je reč o međunarodnim investicionim arbitražama. Arbitrima u međunarodnim investicionim arbitražama se često prigovora da neopravdano široko tumače pojam strane direktne investicije, da vrlo široko i u svoju korist tumače odredbe o svojoj nadležnosti i da su kod rešavanja merituma nedosledni i nedovoljno transparentni.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> V. Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002.

<sup>3</sup> O odnosu v. Karl-Heinz Boeckstiegel, "Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?", *Arbitration International*, br. 4, 2012, str. 577–590; Anthea Roberts, "Divergence Between Investment and Commercial Arbitration", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* br. 106, 2012, str. 297–300

<sup>4</sup> V. Phillipe Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes," *Indiana Law Journal*, 1968, str. 27. Dostupno na: <https://pdfs.semanticscholar.org/da24/f6c8b3dd46be7e5506c337a2cae7f3f09d4e.pdf>, 25.08.2019; Petar Đundić, "Merodavno pravo za suštinu spora pred arbitražnim sudovima IKSIDA: član 42(1) IKSID Konvencije i uloga nacionalnog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2017, str. 1627–28.

<sup>5</sup> V. Miodrag Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000, str. 25.

<sup>6</sup> Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013, str. 29.

<sup>7</sup> V. Radovan Vukadinović, Vladimir Vukadinović, "Budućnost ISDS meahnizma i bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija", *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, 2019, str. 7.

<sup>8</sup> V. Jan Paulsson, "Moral Hazard in International Dispute Resolution" (2010) 25 (2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, br.2, 2010, str. 341–343. Dostupno na [https://www.arbitration-icca.org/media/4/69377396990603/media012773749999020paulsson\\_moral\\_hazard.pdf](https://www.arbitration-icca.org/media/4/69377396990603/media012773749999020paulsson_moral_hazard.pdf),

## “PРАВНА PРАВILA” KAO MERODAVNO PRAVO

U izvorima međunarodnog investicionog prava, kao što su Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (Vašingtonska ili ICSID konvencija), većini bilateralnih sporazuma o zaštiti i podsticanju stranih investicija (BiT) i u komercijalnim ugovorima o ulaganju, stranama se uglavnom ostavlja sloboda da same izaberu merodavno pravo (ili pravna pravila), ili da to učine arbitri u skladu sa u njima predviđenim pravilima. Međutim, ni u jednom od navedenih izvora se ne određuje pojam “prava” ili “pravnih pravila”, pa se kao prethodno, postavlja pitanje šta se pod ovim podrazumeva.

U starijoj literaturi izrazi “pravna pravila ili pravila prava” su tretirani kao “neuobičajeni” u odnosu na tradicionalni i prepoznatljiviji pojam “pravo”, koji je korišćen u toku pregovora o ICSID konvenciji.<sup>9</sup> U literaturi se navodi da su sastavljači Konvencije u toku pregovora oko konačnog teksta kod izraza “pravila” (iz međunarodnog prava) upućivali na odredbe člana 38(1) Statuta Međunarodnog suda pravde, u kojima međunarodno pravo obuhvata opšte ili posebne međunarodne konvencije koje ustanovljavaju pravila koja su izričito priznata od strane država u sporu, međunarodne običaje kao dokaz opšte prakse, prihvaćene kao pravo; opšta načela prava priznata od civilizovanih naroda i sudske odluke i mišljenja najpozvanijih naučnika.

Međutim, u konačnom tekstu Konvencije ovo upućivanje je izostalo.<sup>10</sup> U Rezoluciji o arbitraži između država, državnih preduzeća ili državnih organa i stranih preduzeća, Instituta za međunarodno pravo, pod pravnim pravilima koja stranke mogu da izaberu kao merodavno pravo podrazumeva se jedan ili više nacionalnih pravnih sistema ili nenacionalnih izvora, kao što su principi međunarodnog prava, opšti principi prava i međunarodni trgovački običaji.<sup>11</sup> U arbitražnoj praksi pojam merodavnog prava arbitri shvataju vrlo široko i na različite

---

25.08.2019; Radovan Vukadinović, “Judicijalizacija međunarodnih investicionih arbitraža”, *Revija za evropsko pravo*, 2019, str. 48.

<sup>9</sup> P. Khan, “The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes,” *Indiana Law Journal*, 1968, str. 11.

<sup>10</sup> Prema odredbama člana 38(1) Statuta, kad Sud odlučuje u skladu sa međunarodnim pravom, u suštini primenjuje opšte ili posebne međunarodne konvencije koje ustanovljavaju pravila koja su izričito priznata od strane država u sporu, međunarodne običaje kao dokaz opšte prakse, prihvaćene kao pravo; opšta načela prava priznata od civilizovanih naroda, sudske odluke i stavove najpozvanijih naučnika

<sup>11</sup> Čl. 6. Rezolucije (Resolution on Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises, 12 September 1989, 5 *ICSID Review – FILJ* 139 (1990) str. 141. Dostupno na: [http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989\\_comp\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf) 11.09.2019

načine i kao merodavno pravo primenjuju pravila ne samo tzv. “tvrđog prava”, već i “meko pravo”.

#### NAČINI IZBORA MERODAVNOG PRAVA

Ovako definisano pravo ili pravna pravila, stranke mogu odrediti ili same u skladu sa načelom autonomije volje, ili arbitri, u slučaju da to nisu uradile stranke.<sup>12</sup> U komercijalnim ugovorima strani investitor i država domaćin, odnosno njeno javno ili privatno preduzeće, saglasnost mogu dati u arbitražnoj klauzuli, ili je mogu postići kasnije. U BiT-vima se smatra da je domaća država svoju saglasnost na arbitražno rešavanje sporova dala unapred - potpisivanjem samog sporazuma. Druga strana – investitor prihvata takvu ponudu pokretanjem tužbe ili zahteva pred arbitražom. Pravilo je da saglasnost ili pristanak daju strane iz osnovnog posla za tačno određeni spor koji je nastao ili može da nastane. U slučaju sporova iz BiT-ova, pristanak ili saglasnost daje investitor koji nije ugovorna strana u odnosnom BiT-u, kroz priznanje tzv. “kišobran dejstva”.<sup>13</sup> U teoriji se takva saglasnost označava kao saglasnost na arbitražu bez pristanka.<sup>14</sup> Merodavno pravo može biti određeno i u domaćim (nacionalnim) propisima države prijemnice kapitala.

Kao osnovni i primarni način određivanja merodavnog prava za suštinu spora ISCID konvencija, ICSID i UNCITRAL arbitražna pravila priznaju autonomiju volje stranaka. Autonomiju volje priznaju i nacionalna zakonodavstva i drugi međunarodni izvori.<sup>15</sup> Prema ovom načelu, stranke su potpuno slobodne da za rešenje svog spornog odnosa odaberu bilo koje pravo. U teoriji se navodi da strankama iz komercijalnog ugovora stoji na raspolaganju najmanje sedam opcija ili kombinacija.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> V. Maja Stanivuković, “Izbor pravnih pravila po kojima će arbitraža odlučiti o meritumu spora”, *Arbitraža*, br. 1, 2000, str. 54–74. O modalitetima način izbora prava, v. Tiada Begić, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven Intrentaional Publishing, Utrecht, 2005, str. 15.

<sup>13</sup> V. Radovan Vukadinović, “Kišobrani su u modi – kišobran klauzule u sporazumima o zaštiti stranih investicija”, *Pravni život*, 2017, knj. 602, br. 12, str. 381–396.

<sup>14</sup> Jan Paulsson, “Arbitration without Privity”, 10 *ICSID Rev.*, 1995, Kritiku, v. u: M. Sornarajah, “Power and Justice in Foreign Investment Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, 1997, str. 124.

<sup>15</sup> V. Rezoluciju o arbitraži između država, državnih preduzeća ili državnih organa i stranih preduzeća, Instituta za međuanrodno pravo. Dostupno na: [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_01\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF). 12.09.2019.

<sup>16</sup> Patrick Dumberry, Jacob Stone, “International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Dispu-

Prvu opciju predstavlja pravo države prijemnice kapitala. U praksi se to najčešće dešava iz više razloga. Pravo države domaćina je pravo mesta investiranja i mesta izvršenja ugovora. To je rešenje koje najviše odgovara domaćoj državi, dok je strani investitor izložen riziku da domaća država ne izmeni svoje propise tako da pogorša uslove njegovog poslovanja. Ovaj rizik može biti umanjen ugovaranjem tzv. stabilizacione klauzule.

Druga opcija je *trunc commun*, kao kombinovani skup zajedničkih principa ili pravnih pravila iz prava države domaćina i države porekla investitora. Ova opcija je korišćena prilikom projekta izgradnje podvodnog tunela između Francuske i Velike Britanije<sup>17</sup> ili u sporu *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*.<sup>18</sup> Ovde se od arbitara očekuje da nađu zajedničke principe, a ako ih nema, da na drugi način nađu "odgovarajuće" pravo.

Prema *trećoj* opciji, stranke biraju pravo treće neutralne države, različite od domaće države i države domaćina (*host state*).<sup>19</sup>

Prema *četvrtoj* opciji, stranke određuju sam ugovor kao merodavno pravo. Ovakav izbor je označen kao rešenje sa "puno teškoća,"<sup>20</sup> na primer, jer pretpostavlja da su komercijalnim ugovorom rešena sva pitanja, što nije realno očekivati.

Prema *petom* rešenju, stranke biraju BiT koji su zaključile odnosne države, kao pravo ugovora. Ovo rešenje se retko koristi, ali je moguće.<sup>21</sup>

Prema *šestoj* opciji stranke ugovaraju primenu "transnacionalne forme prava"<sup>22</sup> koje može da sadrži opšte principe prava, princip pravičnosti, *lex merca-*

---

tes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* ( urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, str. 480.

<sup>17</sup> Treaty between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel Fixed Link, čl. 19(6).

<sup>18</sup> *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*, *International Law Reports*, 35 1967, odluka od 15. marta 1963. str. 136.

<sup>19</sup> P. Dumberry, J. Stone, "International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* ( urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, navode u ovom smislu spor *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, odluka od 7. 12. 2003, tač. 43.

<sup>20</sup> *Ibidem*, str. 482.

<sup>21</sup> *V. Československa Obchodni Banka, a.s. v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, odluka od 29.12. 2004, tač. 63.

<sup>22</sup> P. Dumberry, J. Stone, "International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under

toria. Problem sa ovakvim izborom je u tome što izabrane forme nisu jasno definisane ni u teoriji, ni u praksi i mogu se različito tumačiti.

Prema poslednjoj, *sedmoj*, opciji, stranke mogu ugovoriti međunarodno pravo. Ovakav izbor je ocenjen kao "atraktivan za investitora".<sup>23</sup>

U praksi, kao merodavno, stranke najčešće biraju isključivo "domaće pravo" ne definišući šta pod njime podrazumevaju. Nisu retki ni slučajevi da su stranke u komercijalnom ugovoru pored domaćeg prava izabrali i međunarodno pravo ili jedan njegov deo (na primer opšta načela međunarodnog prava). U prvom slučaju izbor izgleda jasan: izabrano je samo domaće pravo, bez obzira šta se pod njim podrazumeva. U drugom slučaju izbor *i* međunarodnog prava, zahteva da se odredi međusobni odnos domaćeg i međunarodnog prava. Na kraju, moguće je da u slučaju nepostojanja saglasnosti oko izbora, arbitri kao merodavno, odrede samo međunarodno pravo. To praktično znači da, bez obzira na način na koji je to urađeno, kao merodavno može biti određeno isključivo domaće pravo, isključivo međunarodno pravo ili je određena primena i jednog i drugog. Izbor u prve dve situacije na prvi pogled je jasan i upućuje na primenu samo jednog-odabranog ili određenog prava ili pravnih pravila. U praksi je, međutim, primena samo domaćeg prava relativizovana, pa je shvatanje prava izbora (i autonomije volje) evoluiralo u pravcu potiskivanja i marginalizovanja značaja i uloge domaćeg prava.<sup>24</sup>

Budući da je strankama ostavljena sloboda izbora, arbitri su dužni da prvo utvrde da li su stranke iskoristile autonomiju i odabrale ili su nameravale da odaberu merodavno pravo. Ako jesu, dužni su da ga primene. Tek u odsutstvu takvog izbora, mogu se kao dopunska primeniti pravila iz relevantnih izvora.<sup>25</sup> Međutim, ovako shvaćena sloboda izbora može biti ograničena užim ili širim tumačenjem saglasnosti, ali i njenim užim i širim shvatanjem u konkretnoj primeni.

the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, str. 482.

<sup>23</sup> Vidi brojne slučajeve koje P. Dumberry, J. Stone, "International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, navode na str. 483, u napomeni br. 27.

<sup>24</sup> V. Sanja Đajić, Maja Stanivuković, "Unutrašnje pravo u međunarodnoj investicionoj arbitraži: zaboravljeni i zapostavljeni izvor prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXV(2017)2, str. 70. i dalje

<sup>25</sup> P. Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes," *Indiana Law Journal*, 1968, str. 20.



PRIMENA DOMAĆEG PRAVA KAO PRAVA IZABRANOG  
NA OSNOVU NAČELA AUTONOMIJE VOLJE

*Izbor.* – Pravo države domaćina (domaće pravo) kao merodavno pravo najčešće biraju ugovorne strane u komercijalnom ugovoru na insistiranje države prijemnice, ali na njegovu primenu mogu da upute i BiT-ovi.<sup>26</sup> U prvom slučaju o izboru merodavnog prva direktno učestvuju domaće preduzeće i strani investitor. U slučaju BiT-ova, o tome odlučuju države: država porekla investitora i država prijemnica kapitala. Prirodno je pretpostaviti da će se država domaćin zalagati za primenu svog nacionalnog prava, dok će strani investitor (i njihove države) nastojati da “delokalizuje” spor i izbegnu pravo države domaćina,<sup>27</sup> između ostalog i zbog ubeđenja da takvo pravo pati od nedostatka demokratske kulture.<sup>28</sup>

U praksi su poznati ugovori u kome je prihvaćen i jedan i drugi izbor.

*Primena.* – U početnom periodu nakon stupanja na snagu Vašingtonske konvencije logičnim i prirodnim je smatrano shvatanje da se izbor domaćeg prava kao merodavnog mora poštovati i da se tako odabrano pravo mora primeniti. Uostalom, samo u tom slučaju načelo autonomije volje ima praktičnu vrednost. Na spremnost sastavljača ICSID konvencije, UNCITRAL Model zakona i UNCITRAL arbitražnih pravila da strankama u sporu kao primarno priznaju ono koje je određeno na osnovu saglasnosti i autonomije volje, govore i formulacije relevantnih članova u pomenutim izvorima. I samo stavljanje načela autonomije volje na prvo mesto u ICSID konvenciji i u UNCITRAL model zakonu i arbitražnim pravilima, upućuju na njegov primarni značaj. Stoga bi nepoštovanje takvog izbora obesmisliло osnovno značenje načela autonomije volje koje je opšteprihvaćeno. U arbitražnoj praksi arbitri ICSID arbitraža su se različito odnosili prema domaćem pravu koje su stranke izabrale kao merodavno. Neki arbitražni tribunali su to poštovali, ali su brojni drugi smatrali da se, bez obzira na sporazum stranaka, međunarodnom pravu mora dati odlučujuća uloga u rešavanju spora.<sup>29</sup> To je opravdavano na različite načine. Često tzv. kontrolnom ulogom međunarodnog prava

---

<sup>26</sup> V. Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP 2013, str. 158.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Beatriz Pérez de las Heras, “The European Union in International Investment Governance: a Hybrid Approach to Dispute Settlement”, *Romanian Journal of European Affairs*, br. 2, 2018, str.77

<sup>29</sup> P. Dumberry, J. Stone, “International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century”, *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, str. 489. navode odluku u sporu *Letko v Liberia*;

i internalizacijom investicionog spora. Eklatantan primer nepoštovanja volje stranaka i njihov izbor domaćeg prava kao merodavnog prava predstavlja arbitražna odluka doneta u predmetu *Caratube v Republic of Kazakhstan* (Karatjub).<sup>30</sup> U ovom slučaju ugovor o ulaganju je bio jasan u formulaciji da se “na njega i druge sporazume koji su zaključeni po osnovu ovog ugovora primenjuje pravo države (Kazahstan), osim ako je drugačije predviđeno međunarodnim sporazumom čija je (Kazahstan) država ugovornica.” U fazi određivanja merodavnog prava i stranke u sporu i arbitri su bili saglasni da na suštinu spora treba primeniti pravo Kazahstana kao izabrano pravo.<sup>31</sup> Tužilac je u raspravi ovo pravo okvalifikovao kao “dobro pravo” i “izvanredno pravo”<sup>32</sup>. Međutim, nakon dobijenog ekspertskog mišljenja profesora Šrojera (*Schreuer*), prema čijem shvatanju se međunarodno pravo mora uzeti u obzir čak i kada postoji izričiti izbor nacionalnog prava kao i da ICSID arbitražni sudovi često primenjuju pravila međunarodnog običajnog prava, bilo na osnovu prve ili druge rečenice člana 42(1),<sup>33</sup> arbitri su se opredelili da *uzmu u obzir* međunarodno pravo po osnovu člana 42(1) ICSID konvencije *zajedno* i sa pravom koje su stranke izabrale<sup>34</sup>. Predmet *Karatjub (Caratube)* nije jedini i izolovani slučaj u kome arbitri nisu poštovali volju ugovornih stranaka. I u UNCITRAL predmetu “Češka Republika” (*CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*),<sup>35</sup> države ugovornice su u BiT-u na prvom mestu kao merodavno bile odredile pravo koje je na snazi u državama ugovornicama, tj. pravo Češke Republike. Stoga je prvo trebalo primeniti ovako izabrano pravo, a tek nakon toga i samo ako postoji potreba, primeniti međunarodno pravo. Arbitri su postupili obrnuto i primenili međunarodno pravo (i to samo one elemente koji su odgovarali tužiocu), odbijajući da analiziraju i primene domaće pravo.

Ovakva arbitražna praksa pokazuje da je načelo autonomije volje putem raznih obika “kreativnog” tumačenja u značajnoj meri “evoluiralo.” “Evolucija” je otišla dotle da su prisutna shvatanja da se tako izabrano pravo ne mora, ili čak ne sme primeniti, posebno *ako nije u skladu* sa međunarodnim pravom. O tome

H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP 2013, str. 158. i dalje.

<sup>30</sup> Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September, 2017. čl. 26.1. dostupno i na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>, 15.09.2019.

<sup>31</sup> Tač. 284.

<sup>32</sup> Tač. 286.

<sup>33</sup> Mišljenje je dao Christoph Schreuer. V. tač. 288. Odluke i Exh.CLA-53.

<sup>34</sup> Tač. 291.

<sup>35</sup> Dostupno na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>, 15.09.2019.

svedoči upravo odluka doneta u predmetu *Karatjub protiv Kazahstana*, u kojoj je osnov primene nađen u članu 42(1) ICSID konvencije. Opravdanje za primenu međunarodnog prava i pored toga što je kao merodavno ugovoreno domaće pravo, tribunal nalazi u bojazni da bi stranke svojom voljom mogle u potpunosti da izbegnu međunarodno pravo u korist domaćeg prava koje može biti diskriminatorsko i doneto ili tumačeno u “lošoj veri.”<sup>36</sup>

Pozivajući se na načelo autonomije, stranke mogu svojom voljom da izaberu i međunarodno pravo kao isključivo pravo ili se saglasiti da međunarodno pravo bude primenjeno *zajedno* sa domaćim pravom. Teorijsko opravdanje za izbor međunarodnog prava se, osim u želji da se izbegne loše domaće pravo” nalazi u “internacionalizaciji”<sup>37</sup> investicionih sporova, čemu doprinosi svojstvo države kao jedne ugovorne strane. Neposredna primena međunarodnog prava na privatne subjekte koji nisu subjekti međunarodnog prava (kao što je strani investitor), podrazumeva priznanje samoizvršivog karaktera relevantnog međunarodnog izvora, odnosno priznanje direktnog dejstva. Arbitri, međutim, o tome ne govore.

#### PRIMENA DOMAĆEG I MEĐUNARODNOG PRAVA KADA SU IH STRANKE IZABRALE KAO MERODAVNO

Ugovorne strane se mogu dogovoriti da merodavno pravo bude domaće pravo i međunarodno pravo, bez drugih detalja na koja će pitanja biti primenjeno jedno, a na koja drugo pravo. Prema generalnom tumačenju ovakva klauzula upućuje prvo na primenu domaćeg, a onda međunarodnog prava. To je uobičajeno značenje navedene formulacije. Da su stranke htele drugačiji redosled mogle su da to unesu u komercijalni ugovor. Ovakav redosled se opravdava i tzv. “nacionalnom prirodom (ugovornih) zahteva”<sup>38</sup>

Na zaključak da je međunarodnom pravu kao primarna, namenjena uloga da popunjava pravne praznine u domaćem pravu, upućuje jezičko značenje i redosled kako su navedeni izvori.

Prema ovom tumačenju, nacionalno pravo prvenstveno reguliše odnos između privatnih strana *inter se*, dok se međunarodno pravo isključivo tiče uzajamnih odnosa između država. U ovom smislu se navodi i slučaj “Srpskih zajmova”,

---

<sup>36</sup> V. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, str. 586–88.

<sup>37</sup> A.F.M. Maniruzzaman, “Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends”, *Arbitration International*, br.4, 1993, str. 371; v. i odluku *Antoine Goetz et al. v. Republic of Burundi* (ICSID Case No. ARB/95/3), Odluka od 10.02. 1999.

<sup>38</sup> V. H.E. Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP 2013, str. 171. i napomenu br. 98.

u kome je Stalni međunarodni sud zauzeo stav da, ako sporazum nije zaključen između subjekata međunarodnog prava, regulisan je nacionalnim pravom.<sup>39</sup> Na kraju, u prilog prvenstva domaće prava govori i Kalvo” (*Carlos Calvo*) doktrina i stav da načelo suverenosti ne dozvoljava da odgovornost domaće vlade prema strancima bude veća nego prema domaćim državljanima.<sup>40</sup> Jednakopravni položaj stranaca (pa i investitora) domaća država može obezbediti i ustavnim odredbama ili drugim nacionalnim propisima. U svim navedenim slučajevima međunarodno pravo se kao supsidijarno može primeniti indirektno, kao merodavno pravo, ili direktno, kad je u domaće pravo inkorporisano međunarodno pravo, kao dopunsko i korektivno pravo. U korektivnoj ulozi, međunarodno pravo služi da popuni pravne praznine u domaćem pravu koje postoje ne samo kad u domaćim propisima nije predviđeno konkretno rešenje, već i kad je ono u koliziji sa međunarodnim pravom. Iako postoji, druga funkcija međunarodnog prava je kontroverzna<sup>41</sup> jer se protivi načelu autonomije volje ili ograničava njegov domašaj i načelom suvereneta države prijemnice kapitala. Ovakvo tumačenje redosleda<sup>42</sup> u primeni i funkcije međunarodnog prava je delimično podržano u arbitražnoj praksi i pravnoj teoriji.<sup>43</sup>

Ugovorne strane mogu izabrati međunarodno pravo i kao jedino merodavno pravo.

#### PRIMENA MEĐUNARODNOG PRAVA KAD STRANE NISU IZABRALE MERODAVNO PRAVO

Prema odredbama člana 42(1) ICSID konvencije, druga rečenica, ako se stranke nisu dogovorile o merodavnom pravu, arbitražni tribunal primenjuje pravo države ugovornice koja je stranka u sporu (i njena pravila o sukobu zakona), kao i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti. Navedena

<sup>39</sup> Presuda od 12. jula 1929, *PCIJ Series A*, br. 14, str. 41; *Report of the Committee for the Study of International Loan Contracts*, str. 21, League of Nations Publication, 1939. Za kritiku stava, v. Thomas Wälde, “The Serbian Loans Case: A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?”, *International Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, str. 383, 395.

<sup>40</sup> H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 192–193.

<sup>41</sup> *Ibidem*, str. 195.

<sup>42</sup> Međutim, u UNCITRAL predmetu *CME v Czech Republic*, arbitri su bili izričiti da između izvora čija su pravila navedena kao merodavna, ne postoji hijerarhija, ni rangiranje. Konačna odluka od 14. marta 2003, tač. 400.

<sup>43</sup> Za konkretne slučajeve, v. H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor – State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 163–170.

formulacija je u teoriji i arbitražnoj praksi na različite načine tumačena. Jedni su smatrali da bi u primeni trebalo poći od domaćeg prava, a drugi od međunarodnog, kao primarnog prava.<sup>44</sup> Praksa je pokazala da na primeni domaćeg prava insistiraju države prijemnice kapitala koje se zalažu za maksimalnu primenu svog prava, ograničavajući primenu međunarodnog prava samo na popunjavanje pravnih praznina u domaćem pravnom sistemu. Strani investitori preferiraju primenu međunarodnog prava,<sup>45</sup> upravo da bi izbegli pristrasnost domaćeg sistema ili nepoverenje koje imaju u pravo države domaćina. Formulacija iz člana 42(1) druga rečenica, kao da “miri” ova dva suprotstavljena stava jer se čini da uvažava potrebe i jedne i druge strane i predviđa primenu *i* jednog *i* drugog prava. To će zaista i biti tako, kad se ne razlikuju rešenja u domaćem pravu i međunarodnom pravu. Ali, kad između njih postoje razlike, kao što često biva, postavlja se pitanje kom pravu dati prednost i prvo ga primeniti. Odgovor se može naći u tumačenju veznika “i” iz druge rečenice člana 42(1) ICSID konvencije.

Uobičajeno jezičko značenje veznika “i” je da ukazuje na spajanje, pridruživanje ili dodavanje. U konkretnom slučaju to znači da se primenjuje i domaće i međunarodno pravo i da primena jednog ne isključuje primenu drugog prava. U pogledu redosleda, stavljanjem na prvo mesto, prednost je data primeni domaćeg prava. Samo za ona pitanja koja nisu regulisana domaćim pravom, odnosno u slučaju pravnih praznina, pomoć bi trebalo tražiti u međunarodnom pravu. Ne vidimo čime se može opravdati promena ovakvog redosleda. Arbitražna praksa, međutim, pokazuje “intersantnu” evoluciju uloge i značaja međunarodnog prava: od jedva priznatog, do osnovnog i primarnog prava. Na dvostruku ulogu međunarodnog prava: *komplemenatrnju* i *korektivnu*, arbitri su prvi put ukazali u odluci donetoj u predmetu *Kleckner (Kloekner)*.<sup>46</sup> Kasnije je takvo shvatanje prihvaćeno u brojnim ICSID arbitražnim odlukama,<sup>47</sup> pre svega u predmetu *Amco (Amco)*.<sup>48</sup> Prema ovom shvatanju (*Kloekner-Amco*), međunarodno pravo se može primeniti samo kao dopunsko pravo i samo nakon što je primenjeno domaće pravo. Na

---

<sup>44</sup> Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 18, 2003, str. 375–411.

<sup>45</sup> *Ibidem*, str. 381.

<sup>46</sup> *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2), Odluka od 21. oktobra 1983, *ICSID Rep.* 9, 1994. Odluku je potvrdio ad hoc Odbor, od 3. maja 1985. *ICSID Rep.* 95, 1994, str. 117 i dalje.

<sup>47</sup> E. Gaillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 18, 2003, str. 381.

<sup>48</sup> *Amco v. Indonesia*, Odluka od 20. 11. 1984, 1 *ICSID Rep.* 1993, str. 413.

takvo tumačenje upućuju i pripremni materijali i diskusija vođena tokom usvajanja ICSID konvencije. Zapisnici pokazuju da se u početku raspravljalo da li uopšte ima mesta primeni međunarodnog prava, a tek kasnije, nakon što je konstatovano da ima mesta, trebalo je definisati uslove njegove primene.<sup>49</sup> U prilog primarne uloge *domaćeg prava* govore i pravila tumačenja međunarodnih ugovora (u koje spada i ICSID konvencija), koja upućuju na potrebu tumačenja u “dobroj veri” i u skladu sa “uobičajenim značenjem.”

S druge strane, dopunjujuća uloga *međunarodnog prava*, koja se manifestuje u primeni međunarodnog prava radi popunjavanja pravnih praznina u domaćem pravu, počiva na pretpostavci da je sistem međunarodnog prava potpuniji, razvijeniji i napredniji od domaćih pravnih sistema (pre svega država prijemnica kapitala). O navedenim pretpostavkama se, međutim, može diskutovati.<sup>50</sup> Ponekad se ovako određena “dopunska uloga međunarodnog prava u arbitražnoj praksi shvata kao prilika da se *koriguje* domaće nekonzistentno pravo i pre nego što se detaljno ispita da li u domaćem pravu zaista postoji pravna praznina.<sup>51</sup> Smatramo da bi posebno opasno bilo da se pod izgovorom popunjavanja pravnih praznina, po shvatanju arbitara “loša ili nepodobna” pravila i rešenja domaćeg prava odmah i automatski menjaju “boljim ili naprednijim” međunarodnim pravom.

Istorija pregovora oko ICSID konvencije svedoči da je u početku bilo predviđena primena *ili* domaćeg *ili* međunarodnog prava, ali je kasnije rastavni veznik “ili” zamenjen sastavnim veznikom “i”. Time je po našem mišljenju međunarodnom pravu obezbeđena “dopunska” uloga u popunjavanju pravnih praznina u domaćem pravu. Međutim, *ad hoc* Odbor (iz člana 52. ICSID konvencije) je već u predmetu *Kloeckner* širokim tumačenjem obezbedio primenu međunarodnog prava *i u slučaju kad postoji neslaganje* između domaćeg i međunarodnog prava. *Ad hoc* Odbor je na ovaj način međunarodnom pravu praktično priznao “dopunsku i korektivnu” uloga polazeći od opšte pretpostavke da je međunarodno pra-

<sup>49</sup> E. Gaillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 18, 2003, str. 386, i napomena br. 42.

<sup>50</sup> V. E. Gaillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 18, 2003, str. 394. koji u pogledu kompletnosti pravnog poretka upućuje na *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (ured. E. Gaillard, J. Savage, 1999, tač. 1512 i 1557.

<sup>51</sup> V. W. Michael Reisman, “The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold”, 15 *ICSID Rev.* — *FILJ*, 2000, str. 371.

vo savršenije od domaćeg (nacionalnog) prava. Tako se izabranom nacionalnom pravu domaće države umesto primarnog daje supsidijarni karakter i značaj.<sup>52</sup>

Druga situacija, u kojoj bi u skladu sa tumačenjem druge rečenice iz člana 42(1) ICSID konvencije trebalo primeniti međunarodno pravo, postoji u slučaju *sukoba* između rešenja predviđenih u domaćem pravu i onih u međunarodnim izvorima. Pri tome se sukob, kolizija ili neslaganje u rešenjima razume na dva načina: kao *svako razlikovanje* u predviđenim rešenjima ili kao *neslaganje sa principima međunarodnog prava*.<sup>53</sup> Međunarodno pravo treba primeniti samo u drugom slučaju koji se poredi sa povredom međunarodnog javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu.<sup>54</sup>

#### MEĐUNARODNO PRAVO KAO PRIMARNO PRAVO

Međunarodnom pravu primarnu ulogu u rešavanju investicionih sporova mogu dati ugovorne strane svojim sporazumom, ili arbitri u slučaju da ne postoji saglasnost strana. Prilikom određivanja međunarodnog prava kao merodavnog prava, ugovorne strane mogu biti rukovođene različitim razlozima.<sup>55</sup> Svoju saglasnost mogu dati na različite načine: izričito i prećutno.<sup>56</sup> Bez obzira na način kako je data saglasnost, volja ugovornih strana se mora poštovati i čini se da nema spornih pitanja u primeni tako određenog međunarodnog prava. Međutim, u praksi (naročito u poslednjoj deceniji), kao osnov ili razlog primene međunarodnog prava kad ono nije ni izričito, ni prećutno odabrano, navodi se “međunarodna priroda zahteva/tužbe.”<sup>57</sup> Preduslov za to je bilo priznanje tzv. vertikalne samoizvršivosti međunarodnih investicionih ugovora. Razlozi za ovakvu radikalnu promenu u tumačenju se delimično mogu naći u obrazloženju odluke koju je Engleski Visoki sud pravde (a potvrdio Apelacioni sud) doneo u predmetu *Equa-*

---

<sup>52</sup> Christopher. F. Dugan, Don Wallace, Noah Rubins, Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, New York 2011, str. 201.

<sup>53</sup> E. Gillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 18, 2003, str. 398.

<sup>54</sup> *Ibidem.*. Posebno v. W. M. Reisman, “The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold”, 15 *ICSID Rev. — FILJ* 362,2000, str. 375–377.

<sup>55</sup> V. H.E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 213.

<sup>56</sup> *Ibidem*, str. 222.

<sup>57</sup> *Ibidem*, str. 224.

*dor v Occidental*.<sup>58</sup> Prema shvatanju Suda, “BiT stvara prava i obaveze između država na nivou međunarodnog javnog prava. Iz formulacija BiT-a (...) dva zaključka izledaju logična. Prvo, države strane u BiT-u su nameravale da investitorima daju prava da, u njihovo ime i za njihov račun, pokreću tužbe protiv druge države kao ugovorne strane (ugovornice). Drugo, ova prava su dodeljena na osnovu međunarodnog prava i moraju biti definisana na principima međunarodnog javnog prava.”

#### ZAKLJUČAK

Bez obzira na različita rešenja koja postoje u izvorima međunarodnog arbitražnog prava (ICSID konvenciji i BiT-ovima), arbitražna praksa pokazuje da se izbor prava tumači vrlo široko i uglavnom u korist država investitora. Ovakvo tumačenje se uklapa u tendenciju veće i obuhvatnije zaštite koju strani investitori propagiraju i primenjuju od kraja prošlog milenijuma, odnosno od 90-tih godina prošlog veka. Iako se to pokušava opravdati različitim pravnim argumentima, o kojima je u radu bilo reči, mislimo da su odlučujući uticaj imale promenjene političke okolnosti sa kraja prošlog milenijuma, pre svega talas privatizacije i tranzicije planske u tržišnu privredu i neoliberalni koncept organizacije političkog i ekonomskog života. O tome svedoči istorijat pregovora kod formulisanja i usvajanja Vašingtonske konvencije i kasnija evolucija u tumačenju pojedinih pojmova, kao što su strane investicije, ISDS mehanizam zaštite i merodavno pravo, posebno tumačenje člana 42(1) prva i druga rečenica ICSID konvencije. Istorijat pregovora pokazuje da je u početku kao merodavno bilo predviđeno samo domaće pravo, a da mu je kasnije pridodato i međunarodno pravo, čime je otvoreno pitanje redosleda primene i međusobne hijerarhije.

Pitanje je podjednako aktuelno i kad su merodavno pravo odredile ugovorne strane u skladu sa načelom autonomije volje, i kad strane o tome nisu postigle dogovor. U početku je volja ugovornih strana u potpunosti poštovana, bilo da su izabrale domaće ili međunarodno pravo kao pravo merodavno za suštinu spora. Kasnije su, međutim, nalaženi različiti razlozi da se ovo pravilo ublaži pa čak i u potpunosti derogira čime je uloga i značaj domaćeg (nacionalnog) prava država prijemnica marginalizovana i potisnuta u korist međunarodnog prava. Razloge za to arbitri su nalazili u široko shvaćenoj pravnoj prirodi tužiočevih zahteva ili tužbi. Prema ovom shvatanju komercijalni ugovori između investitora i država domaćina su složene pravne prirode u kojima se mešaju i preklapaju elemen-

<sup>58</sup> *Ecuador v Occidental, Judgment of the Court of Appeal regarding non-justiciability of challenge to arbitral award*, 9 September 2005, [2005] EWCA Civ 1116, para. 19 (Lord Phillips of Worth Matravers MR, Clarke, Mance LJ). Navedeno prema H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor – State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 225.



ti privatnog i javnog prava. Sa druge strane, BiT-ovi su međunarodni ugovori i razumljivo je što su regulisani međunarodnim javnim pravom. Iz toga se zaključuje i da su zahtevi investitora javnopravne prirode i ne mogu biti regulisani isključivo (ili čak i uopšte) domaćim pravom. Ovakva “publicizacija” opravdava primarnu ulogu javnog prava. U prilog primene međunarodnog prava navode se i shvatanja da domaće pravo nije potpuno ili da nije usklađeno sa međunarodnim pravom.

JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ, Ph.D.,  
Research Associate, Institute for Comparative Law,  
Belgrade

## APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES

### Summary

The issue of applicable law in investment disputes arises at different stages of the proceedings. The first time, in determining the jurisdiction of the arbitral tribunal to decide on the particular dispute, then in deciding on the substance of the dispute and, finally, in recognizing and enforcing of arbitral awards. In all three cases, it is possible to apply the provisions of different legal systems as applicable law for particular issues: international law, EU law and domestic law of the host state.

The possibility of applying different regulations and legal systems that differ in content not only complicates and slows down the award and enforcement of the arbitral decision, but also creates general legal uncertainty to the extent to which the applicable legal systems differ from each other, but also because of the unresolved issue of mutual hierarchy of the above sources. Given this situation, the objective of the paper is to present the various solutions that exist in this regard in living sources, legal theory and arbitration practice, and, subsequently, to make certain recommendations.

*Key words:* applicable law, international law, BiT, investment dispute



ALEKSANDRA VASIĆ

## O GRUPNOM IZUZEĆU UGOVORA O LICENCI OD ZABRANE RESTRIKTIVNIH SPORAZUMA U PRAVU KONKURENCIJE REPUBLIKE SRBIJE

*Ustupanje jednog ili više imovinskopravnih ovlašćenja iz subjektivnog prava industrijske svojine putem ugovora o licenci je u funkciji podsticanja inovacija, širenja tehnologija, izbegavanja dupliranja istraživanja, poboljšanja kvaliteta, smanjenja troškova proizvodnje i dr. Na taj način se ugovorom o licenci mogu postići pozitivni efekti na ukupan privredni razvoj.*

*Međutim, ugovori o licenci u praksi mogu pokrenuti niz pitanja u vezi sa konkurencijom na tržištu. Predmet istraživanja u radu biće fokusiran na ugovor o licenci kao restriktivni sporazum u pravu konkurencije, reperkusije koje takav ugovor može imati na tržište i ponašanje učesnika na tržištu, kao i na pravni režim grupnih izuzeća ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma.*

*Ključne reči: ugovor o licenci, transfer tehnologije, restriktivni sporazumi, izuzimanje od zabrane restriktivnih sporazuma*

### U V O D

U pravu Republike Srbije ugovor o licenci je uređen opštim i posebnim propisima. Opšti propis kojim je u domaćem pozitivnom pravu regulisan ugovor o li-

---

Aleksandra Vasić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", br. 179046 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

cenci je Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) iz 1978. godine. Posebna pravila za ugovor o licenci sadržana su u zakonima kojima se uređuju prava intelektualne svojine (Zakon o patentima, Zakon o žigovima i dr.)

ZOO definiše ugovor o licenci kao ugovor kojim se davalac licence obavezuje da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu naknadu.<sup>1</sup> Ugovor o licenci je dvostranoo-bavezujući ugovor, pošto obe ugovorne strane zasnivanjem međusobnog odnosa preuzimaju određene obaveze.<sup>2</sup> Budući da ugovor o licenci podrazumeva obavezu sticaoca da plaća ugovorenu naknadu za privredno iskorišćavanje predmeta licence, ovaj ugovor spada u teretne ugovore. Pojedini autori ugovor o licenci često svrstavaju u aleatorne ugovore, pošto ekonomski ishod iskorišćavanja predmeta licence zavisi od situacije na tržištu, koja je za ugovorne strane u momentu zaključenja ugovora nepredvidiva.<sup>3</sup>

Predmet ustupanja kod ugovora o licenci mogu biti sva prenosiva prava industrijske svojine (patent, žig i dr.), kao i prava u fazi prijave, pod uslovom da zahtev za priznavanje odgovarajućeg prava industrijske svojine kod nadležnog nacionalnog organa bude prihvaćen i da to pravo bude na propisan način registrovano.<sup>4</sup>

Posebna pravila za ugovor o licenci nalazimo u zakonima kojima se reguliše pravni režim predmeta ugovora o licenci, kao što je to npr. Zakon o patenti-

<sup>1</sup> Čl. 686 Zakona o obligacionim odnosima, ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja).

<sup>2</sup> Kada je reč o zakonskom definisanju ugovora o licenci, u navedenoj zakonskoj definiciji nailazimo na terminološku konfuziju u smislu da je zakonodavac pomešao predmete zaštite u pravu industrijske svojine sa pravima industrijske svojine. Predmet licence mogu biti intelektualna dobra koja su zaštićena ili za koja je pokrenut postupak zaštite, zbog čega je zakonodavac morao precizirati da se norma ne odnosi, na primer, na „pronalazak” već na „patentirani pronalazak”. Takođe, ista zamerka se može izneti i u vezi sa upotrebom termina "uzorak i model" umesto termina "zaštićeni dizajn". U Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu: Nacrt GZ) ugovor o licenci definisan je na gotovo istovetan način kao i u važećem ZOO kao ugovor kojim se davalac licence obavezuje da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, patenta, dizajna, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu naknadu. V. čl. 1040 Nacrta GZ. Slično kao i u ZOO, nejasnoće u pogledu definisanja ugovora o licenci nalazimo i u Nacrtu GZ. Kada je reč o formi ugovora o licenci u domaćem pravu, u Nacrtu GZ predlaže se zadržavanje važećeg režima pisane forme ugovora o licenci koji je propisan odredbama ZOO. Vid. čl. 687 ZOO.

<sup>3</sup> V. Dušan Popović, Ugovor o licenci – Prilog javnoj raspravi o Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2015, str. 395.

<sup>4</sup> Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2012, str. 328.

ma<sup>5</sup> (nadalje: ZOP), Zakon o žigovima, Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna i dr.<sup>6</sup>

Ustupanje jednog ili više imovinskopravnih ovlaštenja iz subjektivnog prava industrijske svojine putem ugovora o licenci je u funkciji podsticanja inovacija, širenja tehnologija, izbegavanja dupliranja istraživanja, poboljšanja kvaliteta, smanjenja troškova proizvodnje i dr. Na taj način se ugovorom o licenci mogu postići pozitivni efekti na ukupan privredni razvoj.

Međutim, s obzirom da je predmet ugovora o licenci ustupanje jednog ili više imovinskopravnih ovlaštenja iz subjektivnog prava industrijske svojine,<sup>7</sup> koje po svojoj prirodi predstavlja monopolsko pravo priznato titularu na osnovu normi objektivnog prava intelektualne svojine, to u praksi može stvoriti određene probleme sa aspekta prava konkurencije. Naime, u praksi vrlo često nailazimo na suprotstavljene interese titulara prava intelektualne svojine i društvenog interesa očuvanja zdrave tržišne utakmice.<sup>8</sup> U domaćem pravu predmet ugovora o licenci mogu biti imovinskopravna ovlaštenja iz korpusa subjektivnog prava industrijske svojine, kao i *know-how*. Međutim, u pravu konkurencije je predmet ugovora o licenci određen na širi način, budući da je propisano da predmet ugovora o licenci u pravu konkurencije Evropske unije može biti i autorsko pravo na softveru. Na isti način je definisan i predmet ugovora o licenci u domaćem pravu konkurencije, o čemu će biti reči u daljem tekstu rada. Budući da predmet ugovora o licenci u pravu konkurencije može biti i softver, koji se u domaćem pravu štiti i autorskim pravom, autor u radu koristi termin intelektualna svojina kao generički naziv za pravo industrijske svojine i autorsko pravo, kao i prava srodna autorskom pravu.

Za potrebe istraživanja u radu, od naročitog značaja su odredbe relevantnih propisa kojima se pravni režim ugovora o licenci dovodi u vezu sa pravom konkurencije.

Ugovor o licenci može predstavljati restriktivni sporazum sa aspekta prava konkurencije.<sup>9</sup> Kao takav može dovesti do ograničavanja ili narušavanja slobodne konkurencije na tržištu. Pravo konkurencije toleriše one vrste ograničenja u ugo-

---

<sup>5</sup> Zakon o patentima, "Službeni glasnik RS", br. 99/2011 i 113/2017 – drugi zakon.

<sup>6</sup> Stevan Šogorov, Zoran Arsić, *Ugovori trgovinskog prava*, Novi Sad, 2017, str. 129.

<sup>7</sup> ZOO izričito navodi *know-how* (znanje i iskustvo) kao mogući predmet ugovora o licenci. Međutim, budući da ugovor o licenci podrazumeva promet prava, a *know-how* nije predmet isključivog prava industrijske svojine, u domaćoj pravnoj teoriji preovladava shvatanje da ne može biti predmet ugovora o licenci. V. Slobodan Marković, Dušan Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2013, str. 218.

<sup>8</sup> V. više Slobodan Marković, *Patentno pravo*, Sarajevo, 1997, str. 321–322.

<sup>9</sup> Ne postoji pretpostavka da ugovori o licenci *per se* imaju negativan uticaj na konkurenciju na tržištu. Većina ugovora o licenci pozitivno utiče na konkurenciju na tržištu budući da dopri-

vorima o licenci koje davalac licence stavlja sticaocu, ukoliko ta ograničenja prozilaže iz samog izvornog prava davaoca.<sup>10</sup> To se odnosi na ograničenja u pogledu načina, obima, količine, teritorije<sup>11</sup> i vremena korišćenja<sup>12</sup> predmeta licence. Sa stanovišta prava konkurencije posebnu pažnju izaziva ugovor o isključivoj licenci kao restriktivni sporazum.<sup>13</sup> Osnovna karakteristika isključive licence je da davalac licence ne sme sam vršiti niti ustupati trećim licima ovlašćenja koja je već ustupio sticaocu licence.<sup>14</sup> Ugovorne odredbe o isključivosti koje su neophodne za vršenje ovlašćenja koje je predmet ugovora o licenci, mogu biti dopuštene propisima o zaštiti konkurencije. U tom smislu, zabrana restriktivnih sporazuma ne sprečava titulara prava intelektualne svojine da ovlašćenja koja čine sadržinu njegovog subjektivnog prava vrši na uobičajeni način.<sup>15</sup> S druge strane, pravo konkurencije toleriše i neke oblike ograničenja u ugovorima o licenci koja izlaze van pomenutog okvira.<sup>16</sup> Dakle, pravo konkurencije u određenim slučajevima dopušta izuzeća ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma.

O izuzećima ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma će detaljnije biti reči u daljem tekstu.<sup>17</sup>

nosi širenju novih tehnologija i podstiče inovacije. Vid. tač. 9 Smernica o sporazumima o prenosu tehnologije).

<sup>10</sup> S. Marković, nav. delo, str. 323.

<sup>11</sup> Na primer, kada je reč o prostornom ograničavanju prava iskorišćavanja predmeta licence, nacrtom GZ se takvo ograničenje dopušta samo ako to nije protivno propisima o zaštiti konkurencije. Time se pravni režim ugovora u licenci dovodi u vezu sa pravom konkurencije. V. čl. 1044. Nacrta GZ.

<sup>12</sup> Čl. 688 ZOO propisuje da licenca za iskorišćavanje patentiranog pronalaska, uzorka ili modela ne može biti zaključena na vreme duže od trajanja zakonske zaštite tih prava.

<sup>13</sup> Ugovorom o isključivoj licenci sticalac licence stiče isključivo pravo iskorišćavanja predmeta licence. V. čl. 689 st. 1 ZOO.

<sup>14</sup> U tom smislu ugovor o isključivoj licenci može, na primer, predstavljati sporazum kojim se deli tržište.

<sup>15</sup> Tako, na primer, ugovor o isključivoj licenci ne predstavlja restriktivni sporazum *per se*.

<sup>16</sup> Savremeno pravo konkurencije propisuje izuzetke koji su različito formulisani u zavisnosti od toga da je ugovor o licenci zaključen između konkurenata ili ne. Tako, na primer, pravo konkurencije u pojedinim slučajevima dopušta klauzule o podeli tržišta u ugovorima o licenci.

<sup>17</sup> Ugovori o isključivoj licenci mogu biti izuzeti od zabrane restriktivnih sporazuma, pod određenim uslovima. (Dušan Popović, Ugovor o licenci – Prilog javnoj raspravi o Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2015, str. 400) Izuzećem od zabrane restriktivnih sporazuma mogu biti obuhvaćene samo otvorene isključive licence. Otvorena isključiva licenca podrazumeva ugovorne strane ugovora o isključivoj licenci neće sprečavati paralelnu trgovinu. V. predmet *Nungesser*, koji se odnosio na isključivu licencu zaštićene biljne sorte. Sud pravde EZ, predmet *Nungesser and Kurt Eisele v. Commission*, br. 258/78 iz 1982. godine.

PRAVNI OKVIR ZA REGULISANJE UGOVORA O LICENCI  
U PRAVU KONKURNCIJE EVROPSKE UNIJE I REPUBLIKE SRBIJE

Ugovori o licenci u praksi mogu pokrenuti niz pitanja u vezi sa konkurencijom na tržištu. Predmet istraživanja u radu biće fokusiran na ugovor o licenci kao restriktivni sporazum u pravu konkurencije.

Osnovni izvor prava Evropske unije u oblasti prava konkurencije je Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu UFEU).<sup>18</sup> S obzirom na temu rada, za našu analizu će od posebnog značaja biti uredbe Evropske komisije o kolektivnom izuzeću sporazuma o prenosu tehnologije.<sup>19</sup> Evropska komisija je do sada usvojila pet uredbi o kolektivnom izuzeću sporazuma o prenosu tehnologije.<sup>20</sup> Trenutno važeći propis koji predstavlja pravni okvir za kolektivno izuzeće od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije je Uredba Komisije br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine o primeni čl. 101, st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije (u daljem tekstu Uredba TTBER).<sup>21</sup>

Takođe, Evropska komisija je donela Smernice o primeni čl. 101 st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije (nadalje Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije).<sup>22</sup> Opšta struktura i veliki broj odredaba su u suštini ostali nepromenjeni u odnosu na prethodnu Uredbu TTBER 772/2004. Uporednom analizom može se doći do zaključka da je važeća Uredba TTBER umnogome fleksibilnija u odnosu na prethodnu.

---

<sup>18</sup> Čl. 101 do 106 UFEU predstavljaju pravni okvir za regulisanje politike konkurencije na nivou Evropske unije.

<sup>19</sup> Uredbom Saveta br. 19/65/EEZ Komisiji je dato ovlašćenje za primenu čl. 101 st. 3 UFEU (nekadašnji čl. 85 Rimskog ugovora) te je Komisija ovlašćena da bliže uredi uslove pod kojima se čl. 101 UFEU ne primenjuje na određene kategorije sporazuma.

<sup>20</sup> Uredba (EEZ) br. 2349/84 od 23. jula 1984. godine o primeni člana 85, st. 3 Ugovora na određene kategorije ugovora o licenci patenta, *Službeni list EEZ*, 1985, br. L 113; Uredba (EEZ) br. 556/89 od 30. novembra 1989. godine o primeni člana 85, st. 3 Ugovora na određene kategorije ugovora o *know how*, *Službeni list EEZ*, 1989, br. L 61; Uredba (EEZ) br. 240/96 od 31. januara 1996. godine o primeni člana 85, st. 3 Ugovora na određene kategorije sporazume o prenosu tehnologije, *Službeni list EEZ*, 1996, br. L 31; Uredba (EEZ) br. 772/2004 od 31. januara 1996. godine o primeni člana 81, st. 3 Ugovora na o sporazume o prenosu tehnologije, *Službeni list EU*, 2004, br. L 123, (nadalje: TTBER 772/2004), i Uredba (EU) br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine o primeni čl. 101, st. 3 Ugovora na sporazume o prenosu tehnologije, *Službeni list EU*, 2014, br. L 93/17.

<sup>21</sup> Skraćeno od *Technology Transfer Block Exemption Regulation*.

<sup>22</sup> Smernice o primeni čl. 101 st. 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na sporazme o prenosu tehnologije, *Službeni list EU*, 2014, br. C 89.

Međutim, u pojedinim slučajevima Uredba TTBER ima znatno pooštrene uslove za izuzeća od zabrane.<sup>23</sup>

U pravu konkurencije Evropske unije sporazum o prenosu tehnologije definisan je kao a) sporazum o licenciranju prava na tehnologiju između dva učesnika na tržištu kako bi sticalac licence i/ili njegov podizvođač/njegovi podizvođači mogli proizvoditi ugovorne proizvode; ili b) ustupanje prava na tehnologiju pri kojem deo rizika u vezi s korišćenjem licencirane tehnologije i dalje snosi prenosilac.<sup>24</sup> Iz ovakvog pojmovnog određenja proizilazi da pojam sporazuma o prenosu tehnologije sadrži ugovor o licenci i ugovor o cesiji kao dva sastavna pojma sporazuma o transferu tehnologije. Predmet analize u radu biće ugovor o licenci kako sastavni deo pojma sporazuma o prenosu tehnologije.<sup>25</sup>

U tom smislu, Uredba TTBER propisuje da predmet ugovora o licenci mogu biti znanje i iskustvo (*know-how*) i sledeća prava ili njihova kombinacija, uključujući i prava iz prijave: patenti, korisni modeli, pravo na dizajn, topografija poluprovodničkih proizvoda, patentirani lekovi i sredstva za zaštitu bilja zaštićeni sertifikatom o dodatnoj zaštiti, pravo oplemenjivača biljnih sorti i autorsko pravo na softveru.<sup>26</sup> Iz navedene odredbe proizilazi da je u pravu konkurencije Evropske unije predmet ugovora o licenci određen na širi način u odnosu na odredbe našeg ZOO.<sup>27</sup>

Kolektivno izuzeće ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma je u pravu Evropske unije vrlo detaljno regulisano. Mišljenja smo da je kolektivno izuzeće ugovora o licenci umnogome komplikovanije u odnosu na kolektivna izuzeća drugih vrsta sporazuma. To je razumljivo ukoliko se ima u vidu činjenica da se u obzir moraju uzeti i brojni pravni instituti koji karakterišu sporazume o prenosu tehnologije uopšte. Tako, Uredba TTBER predviđa da se ugovor o licenci u praksi može zaključiti između učesnika na tržištu koji su konkurenti, kao i između učesnika koji nisu konkurenti na tržištu. Ugovor o licenci može se u praksi pojaviti i kao horizontalni i kao vertikalni restriktivni sporazum. Od značaja je i da

---

<sup>23</sup> Na primer, znatno su pooštrena ograničenja pasivne prodaje na teritoriji koja je rezervisana za "nove" sticaoce licenci.

<sup>24</sup> Čl. 1 c Uredbe TTBER.

<sup>25</sup> Budući da se prenos tehnologije u praksi najčešće vrši zaključivanjem ugovora o licenci, pojedni autori izjednačavaju ova dva instituta. Tako na primer, dr Dušan Popović smatra da "pojam prenosa tehnologije uobičajeno obuhvata davanje licence patentiranog pronalaska, zaštićenog korisnog modela, zaštićene topografije poluprovodničkog proizvoda, zaštićene biljne sorte ili prenos poslovne tajne". V. Dušan Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd, 2012, str. 56.

<sup>26</sup> V. čl. 1 b Uredbe TTBER.

<sup>27</sup> V. *supra*, str. 3.



li su ugovori o licenci zaključeni između konkurenata uzajamni ili neuzajamni, te da li je licenca isključiva, obična ili jedinstvena.

Da bi ugovor o licenci bio izuzet od zabrane restriktivnih sporazuma, mora ispunjavati uslove koji su propisani Uredbom TTBER. S tim u vezi, propisani su pragovi tržišnog udela, kako na relevantnom tržištu tehnologija, tako i na tržištu proizvoda, čija vrednost ne sme biti premašena kako bi određeni ugovor mogao biti izuzet od zabrane, kao i ostali uslovi koji moraju biti ispunjeni.<sup>28</sup> Ovi uslovi su u Uredbi TTBER postavljeni vrlo restriktivno.

Osnovni izvor prava kojim se u Republici Srbiji uređuje zaštita konkurencije na tržištu je Zakon o zaštiti konkurencije (u daljem tekstu ZZK).<sup>29</sup> ZZK definiše povredu konkurencije kao akte ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj i posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije<sup>30</sup>, s tim što posebno sistematizuje i obrađuje dve kategorije povrede konkurencije – restriktivne sporazume i zloupotrebu dominantnog položaja. S druge strane, ZZK uvodi pretpostavku dozvoljenosti koncentracija učesnika na tržištu u smislu da će se koncentracije učesnika na tržištu smatrati nedozvoljenim samo ako bi takve koncentracije značajno ograničile, narušile ili sprečile konkurenciju na tržištu Republike Srbije ili njegovom delu, a naročito ako bi to ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje bilo rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja.<sup>31</sup>

Kao što je napred rečeno, ugovor o licenci može predstavljati restriktivan sporazum koji ograničava ili narušava slobodnu konkurenciju na tržištu. Radi se sporazumima između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije na teritoriji Republike Srbije.<sup>32</sup> Zakonodavac *exempli causa* navodi neke oblike restriktivnih sporazuma: ugovori, pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašene prakse, kao i odluke oblika udruživanja učesnika na tržištu.<sup>33</sup> U domaćem pravu konkurencije, restriktivni sporazumi mogu biti izuzeti od zabrane ukoliko doprinose unapređenju proizvodnje i prometa, odnosno podsticanju tehničkog ili ekonomskog napretka, a potrošačima obezbeđuju pravičan deo koristi pod uslovom da ne nameću učesnicima na tržištu ograničenja koja nisu neophodna za postizanje cilja sporazuma, odnosno da ne isključuju konkurenciju na relevantnom trži-

---

<sup>28</sup> Uredba TTBER, čl. 3, st. 1 i 2.

<sup>29</sup> "Sl. glasnik RS", br. 51/2009 i 95/2013.

<sup>30</sup> Čl. 9 Zakona o zaštiti konkurencije.

<sup>31</sup> Čl. 19, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije.

<sup>32</sup> Čl. 10, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije.

<sup>33</sup> Čl. 10, st. 2 Zakona o zaštiti konkurencije.

štu ili njegovom bitnom delu.<sup>34</sup> ZZK poznaje izuzeće od zabrane po kategorijama sporazuma (kolektivno izuzeće) i pojedinačno izuzeće.

U našem pravu je kolektivno izuzeće moguće na osnovu sledećih uredbi: Uredbe o sporazumima o specijalizaciji učesnika na tržištu koji posluju na istom nivou proizvodnje ili distribucije koji se izuzimaju od zabrane,<sup>35</sup> Uredbe o sporazumima o istraživanju i razvoju između učesnika koji posluju na istom nivou proizvodnje ili distribucije koji se izuzimaju od zabrane<sup>36</sup> i Uredbe o sporazumima između učesnika koji posluju na različitom nivou proizvodnje ili distribucije koji se izuzimaju od zabrane.<sup>37</sup> U Republici Srbiji još uvek ne postoji pravni okvir za izuzimanje od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije. Naučnoj i stručnoj javnosti je dostupan Nacrt uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane (u daljem tekstu Nacrt uredbe).<sup>38</sup> Budući da je domaće pravo konkurencije u oblasti izuzeća od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije još uvek u povoju, kao i da je Republika Srbija preuzela obaveznu usklađivanja postojećih zakona i budućeg zakonodavstva iz oblasti prava konkurencije sa pravnim tekovinama EU,<sup>39</sup> ne bi trebalo da čudi činjenica da odredbe pomenu tog Nacrta uredbe predstavljaju pravni transplant iz evropskog u domaće pravo. Mišljenja smo da, s obzirom na to da je pravo konkurencije relativno mlada grana prava u nas, kao i to da ne postoji praksa u oblasti izuzimanja od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije, ukoliko Nacrt uredbe bude usvojen u predloženom obliku, to može implicirati određene probleme u praksi. Naime, pravo konkurencije Evropske unije u oblasti kolektivnih izuzeća od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije ima dugu pravnu tradiciju. Podsećanja radi, prva uredba koje je regulisala ovu oblast usvojena je 1984. godine. Takođe, Evropska komisija je, uz važeću Uredbu TTBER, donela i odgovarajuće Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije<sup>40</sup> koje u praksi, pored bogate sudske prakse, mogu biti korektiv primene nepreciznih ili nejasnih normi.

<sup>34</sup> V. čl. 11. Zakona o zaštiti konkurencije.

<sup>35</sup> "Službeni glasnik RS", br. 11/2010.

<sup>36</sup> "Službeni glasnik RS", br. 11/2010.

<sup>37</sup> "Službeni glasnik RS", br. 11/2010.

<sup>38</sup> Tekst Nacrta Uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane dostupan je na oficijelnom sajtu Komisije za zaštitu konkurencije Republike Srbije.

<sup>39</sup> V. čl. 72 i 73 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (SSP), koji je stupio na snagu 1. septembra 2013. godine.

<sup>40</sup> Smernice koje je donela Evropska komisija obavezuju samo tu instituciju, ali ih se, po pravilu, pridržavaju i Opšti sud EU i Sud pravde.

ZZK poznaje još jedan mehanizam izuzimanja restriktivnih sporazuma od zabrane. Radi se o pojedinačnom izuzeću od zabrane.<sup>41</sup> Naime, učesnik na tržištu može zatražiti od Komisije za zaštitu konkurencije da, procenjajući kriterijume određene u čl. 11. ZZK, izuzme pojedini restriktivni sporazum od zabrane. U tom smislu, u domaćem pravu, ugovor o licenci može biti izuzet od zabrane i po osnovu pojedinačnog izuzeća.<sup>42</sup>

U daljem tekstu rada, autor će se osvrnuti na pojedina rešenja koja su predložena pomenutim Nacrtom uredbe, a konkretno se odnose na grupno izuzeće ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma.

#### GRUPNO IZUZEĆE UGOVORA O LICENCI OD ZABRANE RESTRIKTIVNIH SPORAZUMA

##### *Uslovi za grupno izuzeće ugovora o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma*

Nacrt uredbe predviđa da se od zabrane restriktivnih sporazuma mogu izuzeti samo oni sporazumi o transferu tehnologije kod kojih tržišni udeo učesnika u sporazumu ne prelazi propisanu vrednost.<sup>43</sup> Budući da se ugovor o licenci u praksi može javiti kao horizontalni i kao vertikalni sporazum, zakonodavac pravi razliku u pogledu propisivanja praga tržišnih udela učesnika u sporazumu. Takođe, neophodno je da sporazum, takođe, ispunjava uslove propisane čl. 11 ZZK, odnosno da doprinosi unapređenju proizvodnje i prometa, odnosno podsticanju tehničkog ili ekonomskog napretka, a potrošačima obezbeđuje pravičan deo koristi pod uslovom da ne nameću učesnicima na tržištu ograničenja koja nisu neophodna za postizanje cilja sporazuma, odnosno da ne isključuju konkurenciju na relevantnom tržištu ili njegovom bitnom delu.<sup>44</sup> Kada je reč o tržišnim udelima učesnika u sporazumu, izuzeće od zabrane primenjuje se na horizontalne sporazume o transferu tehnologije pod uslovom da zajednički tržišni udeo učesnika u sporazumu nije veći od 20% na relevantnom tržištu ili tržištima.<sup>45</sup> Kada je reč o vertikalnim sporazumima, izuzeće od zabrane može se primeniti pod uslo-

---

<sup>41</sup> V. čl. 12 Zakona o zaštiti konkurencije.

<sup>42</sup> Pravo konkurencije Evropske unije više ne poznaje mehanizam pojedinačnog izuzeća.

<sup>43</sup> Čl. 3 st. 1 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>44</sup> Čl. 11 Zakona o zaštiti konkurencije.

<sup>45</sup> Čl. 4 st. 1 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

vom da tržišni udeo nijednog od učesnika u sporazumu ne prelazi 25% na relevantnom tržištu ili tržištima.

*Ugovorne klauzule u ugovorima o licenci koje ne mogu biti izuzete od zabrane restriktivnih sporazuma*

Nacrt uredbe propisuje ugovorne odredbe u ugovorima o licenci koje ne mogu biti predmet izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma, bez obzira na to da li su ispunjeni uslovi u pogledu praga tržišnih udela učesnika na tržištu.

Kada je reč o ugovoru o licenci kao horizontalnom sporazumu, Nacrtom uredbe su predviđena neka apsolutno zabranjena ograničenja.

Tako, Nacrt uredbe predviđa da je apsolutno zabranjeno ograničavanje prava jedne ugovorne strane da samostalno utvrđuje prodajnu cenu kupcima u daljoj prodaji.<sup>46</sup> Takođe, apsolutno su zabranjene klauzule u uzajamnim sporazumima<sup>47</sup> koje imaju za cilj da ograniče obim proizvodnje i prodaju ugovorenog proizvoda.<sup>48</sup> Dalje, apsolutno su zabranjena ograničenja koja se odnose na podelu tržišta ili kupaca u slučaju uzajamnih sporazuma.<sup>49</sup> Na kraju, neće biti izuzeti od zabrane sporazumi koji imaju za cilj da ograniče sticaoca licence u vršenju prava na sopstvenoj tehnologiji ili ograniče pravo bilo koje ugovorne strane da sprovodi istraživanje i razvoj, osim u slučajevima kada je ograničenje prava neophodno da bi se sprečilo otkrivanje prenetog posebnog znanja (*know-how*), koje je predmet sporazuma o transferu tehnologije, trećim licima.<sup>50</sup>

Nacrtom uredbe propisano je da se ne izuzimaju od zabrane vertikalni sporazumi o transferu tehnologije koji, posredno ili neposredno, pojedinačno ili zajedno sa drugim činiocima pod kontrolom ugovornih strana, imaju za cilj da: 1) ograniče prava ugovorne strane da samostalno utvrđuje cene u daljoj prodaji trećem licu, pri čemu se pod ovim ograničenjem ne podrazumeva mogućnost utvrđivanja maksimalne ili preporučene preprodajne cene i u slučajevima u kojima

<sup>46</sup> Čl. 5 st. 1 tč. 1 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>47</sup> Uzajamni sporazum je sporazum o transferu tehnologije u kojem dva učesnika na tržištu, u istom ili odvojenim ugovorima, jedan drugome ustupaju pravo na tehnologiju (ugovor o licenci), kada se ove licence odnose na konkurentske tehnologije ili mogu biti korišćene za proizvodnju konkurentskih proizvoda.

<sup>48</sup> Čl. 5 st 1 tč. 2 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>49</sup> Čl. 5 st 1 tč. 3 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>50</sup> Čl. 5 st 1 tč. 4 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

ograničenje prava nema za posledicu utvrđivanje cene u fiksnom ili minimalnom iznosu kao rezultat pritisaka ili podsticaja bilo koje ugovorne strane; 2) ograniče teritoriju ili grupu kupaca kojima sticalac licence može pasivno prodavati ugovorene proizvode; 3) ograniče sticaoca licence da aktivno<sup>51</sup> ili pasivno<sup>52</sup> prodaje krajnjim korisnicima, pri čemu sticalac licence posluje u okviru sistema selektivne distribucije<sup>53</sup> na nivou maloprodaje, a bez uticaja na pravo ograničavanja poslovanja takvog sticaoca licence izvan odobrenog mesta sedišta i poslovanja.<sup>54</sup>

### *Ugovorne klauzule koje mogu biti izuzete od zabrane restriktivnih sporazuma*

Nacrt uredbe predviđa mogućnost izuzimanja pojedinih restriktivnih klauzula u ugovorima o licenci od zabrane restriktivnih sporazuma. Reč je o tkz. dozvoljenim ograničenjima, odnosno “sigurnim lukama” koje ulaze u okvir grupnog izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma. Bez namere da ulazi u dublju analizu, autor će u radu navesti najopštije karakteristike ugovornih klauzula u ugovorima o licenci koje mogu biti izuzete od zabrane restriktivnih sporazuma.

Kada je reč o ugovoru o licenci kao jednostranom horizontalnom sporazumu, Nacrt uredbe predviđa da se u pogledu ugovornih odredaba koje se odno-

---

<sup>51</sup> Aktivna prodaja je traženje i pristupanje kupcima ili određenoj grupi kupaca koji se nalaze na području rezervisanom za drugog učesnika u sporazumu i preduzimanje radnji sa ciljem prodaje proizvoda tim kupcima, uključujući posećivanje kupaca, slanje pošte i elektronske pošte, oglašavanje u medijima koji su namenjeni isključivo tim kupcima ili grupi kupaca, osnivanje zavisnih društava, ogranaka ili organizacionih delova na području rezervisanom za drugog učesnika u sporazumu u cilju približavanja kupcima i organizovanja prodaje, kao i zaključivanje pojedinačnih ugovora sa tim kupcima. V. čl. 2. st. 1 tč. 20 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>52</sup> Pasivna prodaja je prodaja na osnovu porudžbine kupca sa područja rezervisanog za drugog učesnika u sporazumu, uključujući i porudžbine podstaknute oglašavanjem u medijima i internetom, dostupnim na području širem od područja namenjenog isključivo jednom distributeru ili određenoj grupi kupaca, pri čemu je rezultat slobodnog i neograničenog pristupa oglasnoj poruci od strane svakog kupca ili grupe kupaca. V. čl. 2. st.1 tč. 21 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>53</sup> Selektivna distribucija je takav sistem distribucije u kojem se dobavljač obavezuje, posredno ili neposredno, da prodaje robu ili pruža usluge koje su predmet sporazuma, samo distributerima odabranim na osnovu posebnih kriterijuma, a ti se distributeri obavezuju da neće prodavati takvu robu ili usluge neovlašćenim distributerima na području koje je odredio dobavljač i na kojem važno predmetni sistem distribucije. V. više Martin Mendelsohn, Stephen Rose, *Guide to the EU Block Exemption for Vertical Agreements*, London, 2002, str. 125–127.

<sup>54</sup> V. čl 5 st. 1 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

se na podelu kupaca ili teritoriju<sup>55</sup> prodaje može izuzeti od zabrane klauzula kojom se obavezuje sticalac ili davalac licence da ne obavlja proizvodnju upotrebom licencirane tehnologije na isključivo dodeljenom području za drugu ugovornu stranu i/ili da ne obavlja aktivnu i/ili pasivnu prodaju u okviru isključivo dodeljenog područja ili isključivo dodeljene grupe kupaca drugoj ugovornoj strani.<sup>56</sup> Radi se, dakle, o isključivoj licenci koja se odnosi na određeno područje. Cilj ugovaranja ove klauzule nije podela kupaca ili teritorije, već podsticanje davaoca/sticaoca licence da ulaže u licenciranu tehnologiju i da je dalje razvija.

Dalje, od zabrane restriktivnih sporazuma moguće je izuzeti jednostrane ugovore o licenci koji sadrže klauzulu kojom se ograničava sticalac licence da obavlja aktivnu prodaju na određenom području ili isključivo dodeljenoj grupi kupaca drugom sticaocu licence od strane nosioca prava i pod uslovom da sticalac takvog prava nije bio konkurent davaocu licence u vreme zaključenja njegove licence.<sup>57</sup> Svrha ugovaranja ovakve klauzule ogleda se u nameri da davalac licence sticaocu licence koji nije bio već prisutan na tržištu pruži zaštitu od aktivne prodaje od strane sticalaca licence koji su tržišni konkurenti davaoca licence i koji su zbog tog razloga već bili prisutni i etablirani na tržištu.

Nacrt uredbe propisuje da se od zabrane restriktivnih sporazuma mogu izuzeti i oni jednostrani sporazumi koji sadrže klauzulu kojom se obavezuje sticalac licence da proizvodi ugovoreni proizvod isključivo za sopstvene potrebe, ali pod uslovom da nije ograničen da aktivno i pasivno prodaje ugovoreni proizvod kao rezervne delove za sopstvene proizvode.<sup>58</sup> U ovom slučaju se radi o klauzuli o prenosu tehnologije radi isključivog snabdevanja sticaoca licence. Ukoliko sticalac licence ugovoreni proizvod proizvodi i koristi kao komponentu koju ugrađuje u vlastite proizvode, on ima mogućnost da ugovoreni proizvod prodaje trećim licima samo kao rezervne delove za vlastiti proizvod, tj. nije ovlašćen da ugovoreni proizvod prodaje drugim proizvođačima na tržištu. U tom smislu, sticalac licence je dužan da ograniči svoju proizvodnju ugovorenog proizvoda na količine koje su mu potrebne za proizvodnju vlastitih proizvoda, kao i za njihovo održavanje.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> *V. supra*, str. 11.

<sup>56</sup> Čl. 5 st. 2 tč. 1 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>57</sup> Čl. 5 st. 2 tč. 2 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>58</sup> Čl. 5 st. 2 tč. 3 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>59</sup> Sticalac licence je u obavezi da proizvode koji sadrže licenciranu tehnologiju koristi samo kao input koji ugrađuje u vlastiti proizvod. Vid. više Smernice o primeni čl. 101 st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije, par. 111.

Na kraju, Nacrt predviđa mogućnost izuzimanja od zabrane klauzule u jednostranim ugovorima o licenci kojom se obavezuje sticalac licence da proizvodi ugovoreni proizvod samo za određenog kupca, kada je pravo na korišćenje licence preneto sa ciljem obezbeđenja alternativnog izvora snabdevanja za tog kupca.<sup>60</sup> Radi se o licenciranju tehnologije radi sekundarnog snabdevanja. Dakle, u ovom slučaju se sticaocu licence nameće obaveza da ugovorene proizvode proizvodi isključivo za određenog korisnika radi stvaranja alternativnog izvora snabdevanja tog korisnika. U ovom slučaju se polazi od pretpostavke da sticalac licence (budući da se radi o konkurentima na tržištu) neće prestati da iskorišćava vlastitu tehnologiju te da je potencijal za podelu tržišta u slučaju zaključenja ugovora o licenci radi sekundarnog snabdevanja minimalan. U ovom slučaju se može pretpostaviti da će doći do širenja licencirane tehnologije.

Nacrtom uredbe predviđene su i klauzule koje mogu biti izuzete od zabrane restriktivnih sporazuma u slučaju kada je ugovor o licenci zaključen između učesnika na tržištu koji nisu konkurenti.

Čl. 6 Nacrta uredbe predviđeno je da se, u pogledu odredaba u jednostranim sporazumima koje se odnose na ograničavanje teritorije ili grupu kupaca kojima sticalac licence može pasivno prodavati ugovorene proizvode, mogu izuzeti od zabrane pojedine klauzule.

Tako je, na primer, predviđeno da se od zabrane može izuzeti klauzula kojom se ograničava sticalac licence da pasivno prodaje na isključivo dodeljenom području ili isključivo dodeljenoj grupi kupaca koju je isključivo za sebe zadržao davalac licence.<sup>61</sup> Smatra se da ovakva ograničenja nametnuta sticaocu licence, iako narušavaju konkurenciju, doprinose širenju tehnologije čime se doprinosi konkurenciji na tržištu.<sup>62</sup>

Moguće je i izuzeće od zabrane klauzule kojom se obavezuje sticalac licence da proizvodi ugovoreni proizvod isključivo za sopstvene potrebe, pod uslovom da nije ograničen u pogledu aktivne i pasivne prodaje ugovorenog proizvoda kao rezervnih delova za sopstveni proizvod.<sup>63</sup> Naime, ugovoreni proizvod može

---

<sup>60</sup> Čl. 5 st. 2 tč. 4 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>61</sup> Čl. 6 st. 2 tč. 1 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>62</sup> D. Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd, 2012, str. 60.

<sup>63</sup> Čl. 6 st. 2 tč. 2 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

biti komponenta koji sticalac licence koristi za ugradnju u svoj proizvod i ne sme prodavati ugovoreni proizvod drugim proizvođačima. Međutim, sticalac licence u ovom slučaju ima mogućnost aktivne i pasivne prodaje ugovorenog proizvoda kao rezervnih delova za vlastiti proizvod.<sup>64</sup>

Dalje, Nacrt uredbe predviđa mogućnost izuzimanja od zabrane klauzule kojom se obavezuje sticalac licence da proizvodi ugovoreni proizvod isključivo za određenog kupca, ako je licenca izdata sa ciljem obezbeđivanja alternativnog izvora snabdevanja za tog kupca.<sup>65</sup> Kao i u slučaju kada se radi o sporazumima između konkurenata,<sup>66</sup> radi se o situaciji u kojoj sticalac licence mora da proizvodi ugovorene proizvode samo za određenog korisnika kako bi mu osigurao alternativni izvor snabdevanja. Budući da se radi o sporazumu između učesnika na tržištu koji nisu konkurenti, smatra se da ugovaranje ove klauzule nema negativnog efekta na konkurenciju na tržištu, već da doprinosi širenju tehnologija.<sup>67</sup>

Nacrtom uredbe je predviđeno da je moguće izuzeće od zabrane klauzule kojom se ograničava sticalac licence koji se bavi veleprodajom da prodaje krajnjim korisnicima.<sup>68</sup> U ovom slučaju se radi o obavezi sticaoca licence da ugovoreni proizvod prodaje isključio trgovcima na malo, a ne krajnjim korisnicima. Ugovaranje ove klauzule omogućava davaocu licence da konkretnom sticaocu licence dodeli funkciju veleprodajne distribucije.<sup>69</sup>

Na kraju, izuzeće od zabrane se primenjuje i u slučaju da ugovor o licenci zaključen između učesnika na tržištu koji nisu konkurenti sadrži klauzulu kojom se ograničavaju članovi sistema selektivne distribucije da prodaju proizvode neovlašćenim distributerima.<sup>70</sup> Ugovaranje ove klauzule omogućava davaocu licence da sticaocima licence nametne obavezu da čine deo sistema selektivne distribucije.

---

<sup>64</sup> V. više Smernice o primeni čl. 101 st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije, par. 122.

<sup>65</sup> Čl. 6 st. 2 tč. 3 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>66</sup> V. *supra*, str. 14.

<sup>67</sup> V. više Smernice o primeni čl. 101 st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije, par. 123.

<sup>68</sup> Čl. 6 st. 2 tč. 4 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.

<sup>69</sup> V. više Smernice o primeni čl. 101 st. 3 UFEU na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije, par. 124.

<sup>70</sup> Čl. 6 st. 2 tč. 5 Nacrta uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji se izuzimaju od zabrane.



## ZAKLJUČAK

Ugovor o licenci može predstavljati restriktivni sporazum sa aspekta prava konkurencije. Kao takav može dovesti do ograničavanja ili narušavanja slobodne konkurencije na tržištu. Međutim, ugovor o licenci ne predstavlja restriktivni sporazum *per se*. U tom smislu, pravo konkurencije Evropske unije u oblasti kolektivnih izuzeća od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije ima dugu pravnu tradiciju. Važeći propis na nivou Evropske unije iz ove oblasti je Uredba TTBER. Evropska komisija je, uz važeću Uredbu TTBER, donela i odgovarajuće Smernice o sporazumima o prenosu tehnologije koje u praksi, pored bogate sudske prakse, mogu biti korektiv primene nepreciznih ili nejasnih normi. Ovo je naročito važno ako se ima u vidu činjenica da su propisi koji se odnose na ugovor o licenci sa stanovišta prava konkurencije vrlo složeni, što može implicirati određene probleme u praksi, naročito u pogledu definisanja relevantnih tržišta, određivanja tržišnog udela, tumačenja pojedinih klauzula koje spadaju u dozvoljena ograničenja i slično.

Kada je reč o domaćem pravu u ovoj oblasti, Nacrt uredbe o sporazumima o transferu tehnologije koji je dostupan stručnoj javnosti na sajtu Komisije za zaštitu konkurencije nesporno predstavlja pravni transplant iz evropskog u domaće pravo. Međutim, mišljenja smo da, s obzirom na to da je pravo konkurencije relativno mlada grana prava u nas, kao i to da ne postoji praksa u oblasti izuzimanja od zabrane sporazuma o prenosu tehnologije, ukoliko Nacrt uredbe bude usvojen u predloženom obliku, to može implicirati određene probleme u praksi, u smislu tumačenja pravnih normi sadržanih u Nacrtu uredbe. Budući da u nas ne postoji sudska praksa u ovoj oblasti, mišljenja smo da bi istraživanja pravnih teoretičara u ovoj oblasti mogla da predstavljaju značajan doprinos u smislu tumačenja pojedinih klauzula koje spadaju u dozvoljena ili isključena ograničenja od zabrane, što bi nesumnjivo omogućilo ugovornim stranama kod ugovora o licenci veći stepen sigurnosti u pogledu poštovanja propisa o zaštiti konkurencije.

ALEKSANDRA VASIĆ  
Assistant, Faculty of Law,  
University of Niš

GROUP EXEMPTION OF THE LICENSE AGREEMENT  
IN THE COMPETITION LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The assignment of one or more property rights from the subjective right of industrial property through a licence agreement is in the function of encouraging innovation, spreading technologies, avoiding duplication of research, improving quality, reducing production costs, and etc. In this way, the licence agreement can have positive effects on the overall economic development. However, license agreements can, in practice, raise a number of market-related issues. The subject of the research in this paper will focus on the license agreement as a restrictive agreement in the competition law, the consequences that such a contract can have on the market and the behavior of market participants, as well as the legal regime of block exemptions of the license agreements from the prohibition of restrictive agreements.

*Key words:* license agreement, technology transfer, restrictive agreements, block exemption

## UGOVOR O MASTER FRANŠIZINGU U SVETLU NACRTA SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

*U radu se detaljno analiziraju predložena rešenja Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije koja se odnose na ugovor o franšizingu, odnosno master franšizingu, najslabijoj vrsti koja je daleko najčešća u međunarodnoj praksi. U prvom delu rada, u cilju što boljeg razumevanja pravne prirode ugovora o master franšizingu, sagledane su opšte karakteristike ugovora o franšizingu, kao njegovog bazičnog elementa. Kako je predmet rada ugovor koji se razvija u dinamičnom poslovnom okruženju, prikazali smo sve etape u njegovoj evoluciji, uz posebni osvrt na normativnu aktivnost na polju međunarodne legislative, odnosno sve relevantne međunarodne izvore prava, na kojima se temelji i predloženo zakonsko rešenje. Takođe, izdvojili smo dve klasifikacije, jednu u kontekstu razvoja franšizing sistema, i drugu koja se odnosi na pravne strukture koje su u upotrebi u međunarodnom franšizingu. Potom sledi deo rada posvećen pitanju motiva, odnosno opravdanosti intervencije zakonodavca u pogledu ugovora o franšizingu, koji je predmet tzv. autonomne regulative samih privrednih subjekata. Naročita pažnja posvećena je esencijalnim elementima i strukturi ugovora o master franšizingu, koja se razmatra iz ugla predloženih rešenja buduće srpske kodifikacije. Na kraju se iznosi zaključak o značaju predloženog zakonskog rešenja i njegovim efektima na razvoj srpske privrede.*

*Ključne reči: ugovor o franšizingu, ugovor o master franšizingu, davalac franšize, korisnik franšize, korisnik pod-franšize, Nacrt Građanskog zakonika*

### U V O D

Master franšizni aranžman je model poslovanja koji se pre svega vezuje za međunarodnu praksu, kao fleksibilan i dokazano efikasan instrument za širenje

franšizne mreže izvan okvira domaćeg tržišta. Međutim, ujedno se radi o kompleksnom ugovornom odnosu koji se ogleda u složenom i ekstenzivnom pravnom dokumentu, te razumevanje njegove pravne prirode nameće potrebu za detaljnom analizom njegovog svakog pojedinačnog segmenta. Imajući u vidu navedeno, razmatranje bitnih obeležja ugovora o franšizingu kao njegovom bazičnom elementu, biće početna premisa za istraživanje ove specifične distributivne tehnike.

Pored toga, težište rada biće usmereno na sagledavanje svih pravnih aspekata troslojnog ugovornog odnosa, odnosno razumevanje prednosti koje donosi u odnosu na konvencionalne metode distribucije. Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu: Nacrt)<sup>1</sup>, gde se prvi put predlaže zakonsko regulisanje ugovora o franšizingu, što opravdava potrebu autora da sagleda sve efekte i funkciju predloženih rešenja, čiji je primarni cilj promocija ovog poslovnog koncepta, uz uspostavljanje ugovorne simetrije između učesnika sistema.

Konačno, razmotrićemo kakve konkretne efekte u domenu ekonomskog i privrednog razvoja u Republici Srbiji možemo očekivati nakon usvajanja pomenutog zakonskog rešenja.

#### OPŠTE KARAKTERISTIKE UGOVORA O FRANŠIZINGU

Pristupajući analizi ugovora o franšizingu, odnosno master franšizingu kao njegovoj vrsti, treba imati u vidu da on spada u ugovore autonomnog trgovinskog prava, koje je iznedrila poslovna praksa, odnosno potreba svih učesnika u pomenutom pravnom poslu da kreiraju profitabilan model poslovanja po sopstvenim merilima. Pravo je moralo da prizna i prepozna novi instrument obligacionog i trgovinskog prava, pa otuda pitanje stipulisanja odredbi ovog ugovora, njegovih bitnih elemenata, obligaciono-pravnih dejstava i tehnike sačinjavanja nacrta ugovora o master franšizingu, ne prestaje da zaokuplja pravnike iz porodice *common law* i *civil law* pravnog sistema.<sup>2</sup>

Franšizni ugovor je neimenovani i formalni ugovor, dvostrano-obavezujući i teretni ugovor, najčešće sa trajnim prestracijama, koji sadrži elemente iz više ugovora (o licenci, zastupanju, radu, prodaji, zakupu, *know-how* ugovora i sl.). Njegova složena struktura uslovljena je i podređna potrebama i poslovnim ciljevima učesnika u konkretnom pravnom poslu, odnosno tržišnim prilikama u

<sup>1</sup> Dostupno na adresi: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 28.02.2018.

<sup>2</sup> Tamara Milenković Kerković, "Esencijalni elementi i struktura ugovora o master franšizingu- Kako sačiniti dobar nacrt ugovora?", *Časopis za marketing teoriju i praksu*, br. 1, Beograd, 2010, str. 18.

okviru kojih se konačno oblikuje. Prilikom pokušaja teorijskog određenja, treba imati u vidu kako njegov pravni, tako i ekonomski elemenat (svojtven svim privrednim poslovima), koji se međusobno prožimaju čineći neraskidivu celinu. Takođe, primetna je konstantna tendencija unapređenja postojećih i razvoja novih sistema, te je razumljivo što danas – uprkos mnogim ponuđenim predlozima koji bi u potpunosti raščlanili, precizirali i dali konačan odgovor na pitanje šta sve možemo podrazumevati pod pojmom franšizinga - nemamo jednu sveopšte prihvaćenu definiciju, koja bi se mogla primeniti na sve situacije i sve njegove pojavne oblike i forme. Uzimajući u obzir različite elemente unutar njegove složene strukture, možemo govoriti samo o nekoliko definicija oko kojih je u normativnoj praksi postignut veći stepen saglasnosti, pa otuda one mogu poslužiti kao osnova za dalja istraživanja.

U tom smislu, opštu definiciju franšizinga, koju su sve nacionalne federacije prihvatile (sa minimalnim izmenama i dopunama), dala je Evropska franšizing federacija (EFF), po kojoj se franšizing definiše kao “sistem komercijalizacije proizvoda i/ili usluga i/ili tehnologije, koji se zasniva na bliskoj i kontinuiranoj saradnji preduzeća, pravno i finansijski posebnih i nezavisnih, franšizera i njegovih franšizanata, pri čemu franšizer odobrava svojim franšizantima pravo i nameće obavezu da vode preduzeće u saglasnosti sa konceptom franšizera. Tako ustupljeno pravo ovlašćuje i obavezuje franšizanta, u zamenu, za direktnu ili indirektnu finansijsku nadoknadu, da koristi obeležje i/ili marku proizvoda i/ili usluge, znanja (*know-how*) i druga prava intelektualne svojine, potpomognut kontinuiranim obezbeđivanjem komercijalne i/ili tehničke pomoći u okviru i za vreme trajanja pisanog ugovora o franšizingu, zaključenog između stranaka u tom cilju”<sup>3</sup>

Dakle, pored bitnih elemenata zajedničkih svim ugovorima, postoji veliki broj specifičnosti koje odlikuju ovaj poslovni koncept, pa otuda treba pomenuti prvenstveno njegove ključne odlike. Naime, davalac franšize iznajmljuje poslovni identitet, odnosno prenosi svoje poslovno znanje i iskustvo, obavezujući se na kontinuiranu saradnju i podršku korisniku franšize. Širok je spektar aktivnosti na koji se davalac franšize obavezuje, a među najvažnijima je predaja poslovnog priručnika kojim se prenosi *know-how*, obuka korisnika franšize i njegovog osoblja, pružanje administrativne i tehničke podrške neophodne za ovako složeno poslovanje, marketinško delovanje radi reklame i promocije čitavog sistema, čime se olakšava njegov prodor na tržište. Međutim, kao tvorac poslovnog aranžmana koji se ustupa, davalac franšize zadržava pravo konstantnog nadzora i kontrole koja za cilj ima praćenje dosledne primene ugovornih obaveza od stra-

---

<sup>3</sup> European franchise federation, Franchising: Definition and descriptions, dostupno na adresi: <http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html>, 18.02.2018.

ne korisnika franšize tokom čitavog trajanja ugovornog odnosa. Ovakvo preventivno delovanje obezbeđuje sprečavanje neželjenih grešaka, nedoslednog izvršavanja odnosno neizvršavanja ugovornih obaveza, različitih vrsta zloupotreba, kao i otklanjanje drugih faktora koji mogu negativno uticati na međusobno poslovanje i poslovni ugled davaoca franšize. Nasuprot tome, korisnik franšize, uz obavezno plaćanja finansijske nadoknade, stiče pravo da istupa u poslovanju pod davaočevim poslovnim imenom, koristeći njegov žig, logo i druge distinktivne znakove. Pored toga, korisnik ima obavezno primene svih uputstava i propisanih standarda poslovanja, u najvećem broju slučajeva ima obavezno nabavke robe od davaoca ili lica koje on odredi, obavezno čuvanja poslovne tajne, kao i obavezno nekonkurencije u odnosu na davaoca. Takođe, privredni subjekti unutar ovakve ekonomsko-poslovne zajednice zadržavaju svoju pravnu samostalnost, kreirajući privid jedinstvenog poslovnog identiteta pred trećim licima. Međutim, uprkos činjenici da nastupaju u svoje ime i za svoj račun, snoseći sopstveni rizik poslovanja, jedna od osnovnih karakteristika ovog pravnog posla je krajnja međusobna ekonomska i poslovna zavisnost, uz visok stepen integracije njihovih poslovnih funkcija i delatnosti<sup>4</sup>. Dakle, ovaj model donosi obostranu korist, omogućavajući jednostavnije i brže osvajanje tržišta, smanjen tržišni i poslovni rizik, ostvarivanje i uvećanje dobiti u poslovanju, uz kraće vreme povrata uloženog kapitala.

Konačno, treba istaći da je sama struktura ovog pravnog odnosa takva da davaocu franšize nesumnjivo pripadaju veća ovlašćenja, obezbeđujući mu dominantan položaj u ugovornom odnosu, što je opravdano i razumljivo imajući u vidu da čitav sistem počiva na njegovoj ideji koja je uz uložena novčana sredstva razvijena u dokazani poslovni format. Uz to, neretko franšizing podrazumeva ugovorne strane koje su ekonomski nejednake, jer je po pravilu davalac franšize sa izgrađenom reputacijom uspešnog i poznatog privrednog subjekta u poziciji da nameće uslove poslovanja prilagođene sopstvenim interesima, dok korisnik franšize nije u poziciji da o njima pregovara, već samo da ih prihvata, strahujući da ne izgubi ponuđene poslovne mogućnosti sa druge strane, niz benefita koji se mogu ostvariti, veliki su motiv za korisnika franšize da se uključi u sistem koji podrazumeva striktnu raspodelu ovlašćenja i odgovornosti, prihvatajući svoju poziciju i funkciju u njemu.

Ipak, ovlašćenja korisnika franšize ne moraju nužno podrazumevati njegov podređen položaj, već vid saradnje u kome će veći stepen odgovornosti biti na strani onoga bez čijeg stručnog znanja i iskustva nije moguće dalje nadgraditi sistem. U prilog tome, govori i sprovedena studija koja dokazuje da ugovori o

<sup>4</sup> Dragan Janjušić, *Ekonomski aspekti opravdanosti franšiznog poslovanja u Srbiji*, doktorska disertacija, Sremska Kamenica, 2014, str. 70.

franšizingu po pravilu reflektuju interese, odnosno potrebe kako davaoca, tako i korisnika franšize.<sup>5</sup> Dakle, ukoliko se saradnja otpočne na ovakvim osnovama, i ukoliko svako u svom domenu ostvari maksimalni učinak, dominantni položaj jedne od strana će postati zanemarljiv, a konačno i posmatran isključivo u funkciji ostvarivanja obostrane koristi. Međutim, kako pravna regulativa i sudska praksa počivaju na uverenju o nesrazmeri u pravnom položaju ugovornih strana, u daljem tekstu ćemo detaljno razmotriti intervenciju domaćeg zakonodavca u segmentima u kojima je moguća i opravdana, a koja za cilj ima uspostavljanje ravnoteže između učesnika franšiznog sistema.

### NASTANAK I RAZVOJ FRANŠIZINGA I NJEGOV SAVREMENI ZNAČAJ

Tehnika franšizinga nije proizišla iz teoretskog koncepta nekog inventivnog i maštovitog pojedinca. Naprotiv, ona je evoluirala iz rešenja razvijanih od strane poslovnih ljudi, kao odgovor na probleme sa kojima su se suočavali u svojim poslovnim poduhvatima.<sup>6</sup>

Dakle, razvoj ovako specifičnog i složenog modela poslovanja ne treba vezivati za konkretni istorijski trenutak, već ga posmatrati kao produkt višedecenijske evolucije. Stoga, njegovi različiti pojavnici ne predstavljaju iznenađenje, već potvrdu njegove fleksibilnosti, odnosno sposobnosti prilagođavanja novonastalim tržišnim okolnostima. Pa ipak, mnogi autori u nastojanju da pronađu istorijske korene ovog poslovnog modela, navode razne poslove koji mogu imati veze sa današnjim poimanjem franšizinga, a sve u cilju što boljeg razumevanja njegove pravne prirode.

Iako se njegovi začeci pronalaze još u srednjem veku, postoji opšta saglasnost da je prvi sistem franšize razvila kompanija *Singer Sewing Machine Company* 1863. godine, regulišući odnose sa lokalnim poslovnim ljudima, koji su otkupili pravo prodaje šivaćih mašina, ugovorom koji se smatra pretečom savremenog ugovora o franšizingu.<sup>7</sup> Sredinom dvadesetog veka, pragmatična američka praksa izvršice ključni uticaj u njenoj ekspanziji, razvijajući metode distribucije u industriji automobila, petrolejskoj distribuciji, maloprodajnim lancima samoposluga i distribuciji bezalkoholnih pića. Inicijalno, franšizing je podrazumevao re-

---

<sup>5</sup> James A. Brickley, Sanjog Misra, Robert Lawrence Van Horn, "Contract Duration: Evidence from Franchise Contracts", *Simon School of Business Working Paper No.3-8*, 2003, dostupno na adresi: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=383700](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=383700), 28.02.2018, 26.

<sup>6</sup> Milan Parivodić, *Ugovor o franšizingu*, doktorska disertacija, Beograd, 2002, 32 .

<sup>7</sup> D. Janjušić (2014), str. 14.

lativno jednostavne oblike prodaje robe i vršenja usluga, a zatim se usložnjavao izrastajući u poslovni sistem koji karakteriše veliki stepen poslovne integracije i standardizacije.<sup>8</sup> Dakle, pre osvajanja inostranog tržišta, on je prošao sve ključne etape razvoja na američkom kontinentu, da bi se kasnije proširiona Evropu, Australiju i Aziju, i to najpre kao metod osvajanja tržišta od strane američkih davalaca, a kasnije kroz emisiju franšiza od strane evropskih firmi (*Prenatal, Benetton, Pronuptia, Coin, Nordsee* i sl.).

U Evropi, koja je od ranije poznavala ugovore distribucije i licencne aranžmane, franšizing će naći svoje mesto u razvijenoj fazi, tako da se evropsko poimanje franšizinga ograničava na franšizing poslovnog formata. Naime, u Evropu stiže prvo u Veliku Britaniju i Francusku 60-ih godina, da bi 70-ih bio prisutan širom zapadne Evrope, i potom doživeo ogromnu ekspanziju 80-ih i 90-ih godina.<sup>9</sup> Hronološki gledano, od svog nastanka do danas se razvijao, unapređivao, usložnjavao, beležeći konstantni rast u broju korisnika, uspešno osvajajući sve oblasti privrede, osim u oblasti teške industrije i poljoprivrede. Prema podacima Evropske franšizing federacije, ukupan broj zaposlenih u 27 zemalja iznosi 3,073,896 od čak 13,627 brendova koji egzistiraju na tržištu.<sup>10</sup> Međunarodno udruženje za franšizing takođe ukazuje na izuzetni uticaj franšizinga na tržištu SAD u 2016. godini, što potvrđuju čak 801.000 preduzeća koja primenjuju ovaj vid poslovanja, obezbeđujući devet miliona radnih mesta, što američkoj ekonomiji donosi 868 milijardi dolara.<sup>11</sup>

Evoluciju ovog specifičnog ugovornog oblika poslovnog sistema pratila je normativna aktivnost, u kojoj je ključnu ulogu imao *Međunarodni institut za unifikaciju privatog prava* (UNIDROIT), izradivši dva najznačajnija akta autonomnog trgovinskog prava: *Vodič za međunarodne master franšizing aranžmane* iz 1997. godine<sup>12</sup> i *Model zakona o obavezi predugovornog obaveštavanja kod ugovora o franšizingu* iz 2002. godine<sup>13</sup> – koji predstavljaju sveobuhvatan izvor takozvanog *soft law* izvora prava. Pored navedenog, za master franšizing je od neprocenjivog

<sup>8</sup> Ivanka Spasić, "Poslovni sistem franšizinga – šansa za privrednike u Srbiji", *Pravo i privreda*, br. 7-9, Beograd, 2016, str. 13.

<sup>9</sup> M. Parivodić, *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni glasnik, Beograd, 2003, str. 52.

<sup>10</sup> European franchise federation, Franchise statistics, dostupno na adresi: <http://www.eff-franchise.com/Data/FRANCHISE%20STATISTICS%20-%20EUROPE%20-%20source-EFF.pdf>, 18.02.2018.

<sup>11</sup> International franchise association, The economic impact of franchised businesses, dostupno na adresi: [https://www.franchise.org/sites/default/files/Economic%20Impact%20of%20Franchised%20Businesses\\_Vol%20IV\\_20160915.pdf](https://www.franchise.org/sites/default/files/Economic%20Impact%20of%20Franchised%20Businesses_Vol%20IV_20160915.pdf), 18.02.2018.

<sup>12</sup> UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangements, 2007.

<sup>13</sup> UNIDROIT Model Franchising Disclosure Law, 2002.



značaja *Tipski međunarodni ugovor o master franšizingu* u izdanju Međunarodnog udruženja za franšizing.<sup>14</sup> Na temeljima ovih akata, odnosno njihovih smernica i preporuka, ubrzan je proces pravnog regulisanja ugovora o franšizingu u nacionalnim zakonodavstvima. Danas čak 30 zemalja na svetu i 6 zemalja članica Evropske unije ima specifičnu franšizing regulativu. U zakonskom tretmanu ugovora o franšizingu prisutna su tri najčešća načina regulative. Prvi i najrasprostranjeniji je uređenje obaveze predugovornog obaveštavanja, kao čiste franšizing regulative, i to je najčešće kroz *lex specialis*. Drugi način je uvođenje obavezne registracije ugovora, dok je treći tip obligaciono-pravno regulisanje ugovora. Najzastupljeniji tip regulative je tzv. hibridno zakonodavstvo koje kombinuje ove metode regulative.

#### VRSTE FRANŠIZINGA

Imajući u vidu navedeno, ne čudi što danas poznajemo čitav spektar različitih vrsta i klasifikacija franšizinga. U zavisnosti od kriterijuma podele, teorija poznaje više vrsta franšizinga. Za potrebe ovog rada izdvojićemo dve klasifikacije, jednu u kontekstu razvoja franšizing sistema i drugu koja se odnosi na pravne strukture koje su u upotrebi u međunarodnom franšizingu.

*Franšiza distribucije* predstavlja tradicionalni franšizing koncept, kod koga davalac franšize ustupa primaocu pravo prodaje svojih proizvoda, a u nekim slučajevima i pravo potpune ili delimične proizvodnje. Ovaj model poslovanja najčešće se vezuje za naftnu, automobilsku i industriju osvežavajućih napitaka, čineći je najzačajnijim u oblasti maloprodaje. *Franšizing poslovnog formata*, koji se naziva i franšizing druge generacije, podrazumeva saradnju između davaoca i primaoca franšize koja se ne odnosi samo na proizvode, usluge i trovinsko ime, već na ustupanje celokupnog sistema za poslovanje. Ovo je najbrži rastući oblik franšize, koji se primenjuje u ugostiteljstvu, hotelijerstvu, poslovnim uslugama, supermarketima, agencijama za rentiranje vozila i ostalim uslugama za korisnike, a danas predstavlja sinonim za franšizing poslovanje.<sup>15</sup>

Kada su u pitanju modaliteti međunarodnih franšizing aranžmana, oni se mogu realizovati putem direktnog (*direct*) ili putem master franšizing (*master franchise*) ugovora. *Direktno poslovanje* obuhvata pojedinačne (jedinične) ugovore (*unit franchising*) i razvojne ugovore (*development agreement*).

---

<sup>14</sup> O tome: T. Milenković Kerković (2010), str. 27.

<sup>15</sup> Suzana Stefanović, Milica Stanković, "Komparativna analiza razvoja franšizinga u Srbiji i svetu", *Časopis za marketing teoriju i praksu*, br. 2, Beograd, 2013, str. 117.

Kod *jediničnih ugovora* davalac franšizinga ustupa franšize pojedinačnim korisnicima u stranoj zemlji, dok kod *razvojnih ugovora* tzv. *developer* dobija pravo da otvori određeni broj poslovnih jedinica u skladu sa prethodno utvrđenim planom.<sup>16</sup> Sa druge strane, kod *ugovora o master franšizi* (*master franchise*) davalac franšize daje pravo (često ekskluzivno) korisniku franšize da na određenoj teritoriji otvara sopstvene lokale i da franšizira trećim licima, korisnicima pod-franšize za naknadu (po pravilu početnu i trajnu). Korisnik franšize zapravo postaje davalac pod-franšize na svojoj ekskluzivnoj teritoriji, koja često obuhvata celu zemlju.<sup>17</sup> Upravo će ovaj sofisticirani, višeslojni, i po mnogim kriterijumima najslabiji vid poslovanja, biti predmet ovog rada.

#### ZAKONSKO UREĐENJE UGOVORA O FRANŠIZINGU U REPUBLICI SRBIJI

Povoljniji privredni ambijent u Srbiji “otvorio je vrata” franšiznom poslovanju i kod nas, osmelivši domaće privrednike da se upuste u proces uvoza stranih franšiza, kao i osnivanja domaćih franšiznih sistema tokom 2009. godine. Njegov razvoj na domaćem tržištu, uz izvesne oscilacije traje do danas. Prepoznajući značaj rasprostranjenosti ovog modela poslovanja u svetu, koji može imati ulogu pokretačke sile ekonomskog razvoja privrede u tranziciji poput naše, u *Nacrtu* je prvi put predloženo zakonsko regulisanje ugovora o franšizingu. Zakonodavac se opredelio za hibridni model regulative koji se ostvaruje kombinacijom obligaciono-pravnih, imperativnih i dispozitivnih pravila, uz imperativna pravila o obavezi predugovornog obaveštavanja i registraciji ugovora.<sup>18</sup>

Postojeći pravni okvir za regulisanje ovog odnosa čine opšti uslovi poslovanja, opšta pravila ugovornog prava i analogna primena srodnih ugovora iz *Zakona o obligacionim odnosima*, te se nameće pitanje opravdanosti ovakve zakonodavne aktivnosti. Pojedini autori ukazuju ne samo da je pravna regulativa suvišna na tržištu na kome franšizni sistem nije dostigao neophodni stepen razvoja, već se intervencija zakonodavca može smatrati pretencioznom, te bi mogla delovati destimulativno na potencijalne učesnike u ugovornom odnosu.<sup>19</sup> Uprkos na-

<sup>16</sup> I. Spasić (2016), str. 16–17.

<sup>17</sup> M. Parivodić (2003), str. 68.

<sup>18</sup> T. Milenković Kerković, “Zbog čega i kako je potrebno regulisati ugovor o franšizingu u Srbiji”, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2015, str. 336.

<sup>19</sup> V. o tome: T. Milenković Kerković, “The Precontractual Disclosure as the Emanation of the Good Faith Principle in the Franchising Agreements/Serbia de lege ferenda”, *Facta Universitatis*, Vol. VII. No. 4, Niš, 2010, str. 427; Jelena Perović, “Kako obezbediti izvršenje ugovora? Distribucija, franšizing i finansijski lizing u srpskom pravu”, *Ekonomika preduzeća*, br. 3-4, Beograd, 2012, str. 150.

vedenim argumentima, mišljenja smo da postojanje pravne regulative predstavlja predušlov za promociju franšizinga, odnosno stvaranje adekvatnog poslovnog ambijenta za sve tržišne učesnike, uz pružanje neophodne pravne sigurnosti. Takođe, autori *Nacrta* su smatrali da je nedopustivo da kompleksna priroda ugovora o franšizingu bude regulisana odredbama zakona koji regulišu srodne ugovore, kao i da ovako značajna oblast ne može biti prepuštena isključivo privatnim interesima i inicijativi, jer to može biti štetno po razvoj franšizne delatnosti.<sup>20</sup>

Odredbe *Nacrta* ne samo da su usklađene sa prethodno pomenutim međunarodnim aktima, već je očigledna intencija zakonodavca da uvede minimum imperativnih pravila kojima se regulišu odnosi između ugovornih strana, sa ciljem uspostavljanja ekvivalentnosti i unošenja ugovorne simetrije, odnosno smanjenja ugovorne asimetrije kod ugovora o franšizingu.

Dakle, predložena rešenja imaju za cilj sprečavanje eventualnih zloupotreba, uz posvećivanje posebne pažnje uspostavljanju podjednakih uslova za poslovanje svih ugovornih strana. U tom smislu, tekst *Nacrta* pored definicije, opštih odredbi koje se odnose na ugovor o franšizingu, uređuje sva bitna pitanja, kao što je obaveza predugovornog obaveštavanja, propisivanje pisane forme i obavezne registracije ugovora.

Odredba koja reguliše pitanje registracije, posredno može omogućiti formiranje jedinstvene i pouzdane baze podataka, odnosno identifikovanje preciznog broja franšiznih sistema koji posluju na domaćem tržištu, što može biti značajan parametar za potencijalne korisnike franšiznog sistema. Takođe, pohvalna je činjenica da su u tekst *Nacrta* unete odredbe koje se odnose na ugovor o master franšizingu (pod-franšizingu), njegovoj najsloženijoj vrsti, sa osvrtom na sve njegove ključne aspekte. Predložena su rešenja za najsloženija pitanja ovog ugovornog odnosa, kao što su pitanja posledica ništavosti, raskida, i prestanka ugovora i njegovim uticajem na pravnu sudbinu ugovora o pod-franšizingu. Takođe, zakonodavac svoj zakonski predlog zasnovao na rešenjima *Vodiča za međunarodne master franšizing aranžmane UNIDROIT-a*, te se usvojivši detaljno razrađene predloge za zaključivanje i pravno kreiranje ovakvih ugovora, pridružio velikoj grupi evropskih zemalja koje su sopstvenu regulativu u ovoj pravnoj oblasti temeljili na ovom pravnom aktu. Osobina ugovora o master franšizingu je takva da kada se radi usklađenosti sa lokalnim pod-franšizing ugovorima i propisima javnog poretka zemlje domaćina, kao merodavno pravo uzima pravo države domaćina.<sup>21</sup> Dakle, naše pravo bi trebalo da bude merodavno za veliki deo master franšizing aranžmana koji se zaključuju na teritoriji naše zemlje, što dodatno uvećava

---

<sup>20</sup> T. Milenković Kerković (2015), str. 337.

<sup>21</sup> M. Parivodić, (2002), 61.

značaj pažnje koja je posvećena ovom ugovoru. Imajući u vidu temu ovog rada, osvrnućemo se na predložena rešenja u kojima ćemo pronaći odgovore na sporna pitanja ugovora o master franšizingu.

#### UGOVOR O MASTER FRANŠIZINGU U NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Ugovor o master franšizingu predstavlja nadgradnju, usložnjavanje primarnog oblika ovog pravnog posla. Po pravilu, koristi se u cilju realizacije strategije za unapređenje poslovanja na međunarodnom nivou, međutim, ne treba isključiti mogućnost njegove primene od strane privrednih subjekata na domaćoj teritoriji (zemlji porekla)<sup>22</sup>, koja najčešće zbog svoje veličine nameće potrebu za povećanjem ljudskih, intelektualnih, finansijskih kapaciteta.<sup>23</sup> Poslovna ambicija za uvećanjem dobiti, osnaživanjem poslovne moći i ugleda, kojom se ostvaruje privredna delatnost van okvira domaćeg tržišta za posledicu je imala kreiranje ovako složenog, ali ujedno višestruko korisnog oblika poslovne saradnje. Njegova kompleksnost se ogleda u nizu izazova od kojih su najveći prilagođavanje modela poslovanja lokalnim prilikama, ulazak u tržišnu utakmicu sa postojećom, najčešće nedovoljno poznatom konkurencijom, regrutovanjem u svoje redove značajnog broja pojedinaca koji treba da sa posebnom pažnjom realizuju poslovne ideje, zadržavajući sopstveni poslovni identitet, pravnu nezavisnost i lični integritet. Da bi se razumeo, a naročito dosledno sproveo, ugovor o master franšizingu zahteva detaljno regulisanje svih potencijalno predvidivih situacija. Ovaj tip ugovora je najčešći u međunarodnoj praksi, jer njegova fleksibilnost doprinosi mnogo bržem širenju franšizne mreže, održavanjem koraka sa konkurencijom i poboljšanja pozicije na domaćem tržištu.

Imajući u vidu navedeno, ne čudi što je svoje mesto našao u tekstu *Nacrta*, koji u čl. 1263. st. 1. predviđa: “Ugovorom o franšizingu može biti predviđeno isključivo ili neisključivo pravo korisnika franšize da prava koja su mu preneti ugovorom o franšizingu prenosi izabranim trećim licima, kao i da vrši usluge obuke, pomoći, kontrole i nadzora na osnovu zaključenja ugovora o pod-franšizingu a u cilju širenja franšizne mreže na tačno određenoj teritoriji”. Dakle, iako se u pomenutom odeljaku *Nacrta*, isključivo pominje ugovor o pod-franšizingu, treba ima-

---

<sup>22</sup> Zemlja iz koje se franšiza izvozi nazivaćemo “zemljom porekla”, dok će se zemlja u koju se franšiza uvozi nazivati “zemljom domaćinom”.

<sup>23</sup> Brian Balconi, “Growth strategies through various franchise structures”, *Franchising world*, 2016, dostupno na adresi: <https://www.franchise.org/growth-strategies-through-various-franchise-structures>, 28.02.2018.

ti u vidu, iako nije eksplicitno naglašeno, da se podrazumeva da je ugovor o master franšizingu osnovni ugovoru između davaoca i korisnika franšize na osnovu koga se dalje zaključuje ugovor o pod-franšizingu, kao jedinačni ugovor kojim se reguliše odnos između davaoca i korisnika pod-franšize. Dakle, davalac franšize ustupa partneru (korisniku master franšize) pravo da na ugovorenoj teritoriji daje pod-franšizu sklapanjem franšizing ugovora sa novim korisnicima.<sup>24</sup> Kako smo napomenuli, ovaj složeni poslovni aranžman podrazumeva troslojan odnos između davaoca franšize, korisnika franšize, i davaoca pod-franšize i korisnika pod-franšize, te ćemo detaljno analizirati odnose između ugovornih strana, u cilju što boljeg razumevanja predloženog zakonskog rešenja.

*Odnos davaoca franšize i korisnika franšize  
u ugovoru o master franšizingu*

Nema sumnje da svaka internacionalizacija poslovanja predstavlja riskantan poslovni poduhvat u kome svaka pretenciozna, nedovoljno promišljena odluka može za posledicu imati poslovni krah. Surovi tržišni uslovi ne tolerišu greške neosnovano ambicioznog davaoca franšize ponesenog naizgled primamljivim konceptom unapređenja franšiznog poslovanja, niti početničke greške entuzijastičnog korisnika franšize. Strateška odluka koja podrazumeva osvajanje novih tržišta, putem master franšizinga, u sebi mora implementirati čitav niz manjih, ali podjednako bitnih odluka od kojih se svaka zahteva najviši stepen pažnje davaoca franšizinga.

Pre svega, preduslov za svaku međunarodnu aktivnost jeste zavidna tržišna pozicija davaoca franšize u zemlji porekla, koja za posledicu ima istupanje na tržišnu pozornicu drugih zemalja kao logičan naredni poslovni korak. Sprovedene studije pokazuju da privredni subjekti sa manje poslovnog iskustva najčešće biraju tržišta koja su geografski bliža i sličnija domaćem poslovnom okruženju, dok sa druge strane, uspešni i razvijeni privredni subjekti kumuliranjem iskustva stečenog tokom poslovanja na međunarodnom nivou, češće se i lakše odlučuju za udaljena područja, imajući u vidu stečeni nivo samopouzdanja u proceni potreba potrošača, kao i u analizi ekonomskog potencijala udaljenog tržišta.<sup>25</sup> Takođe, preporučljivo je da se davalac franšize detaljno upozna sa svim karakteristikama ciljanog tržišta, odnosno ekonomskim, pravnim, poreskim, političkim,

---

<sup>24</sup> D. Janjušić (2014), str. 66.

<sup>25</sup> Francine Lafontaine, Joanne Oxley, "International Franchising: Evidence from Us and Canadian Franchisors in Mexico", *NBER Working Paper* No. 8179, 2001, dostupno na adresi: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=265292](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265292), 28.02.2018, 8.

geografskim i kulturološkim okruženjem, radi što boljeg pozicioniranja i realizacije poslovnog cilja. Ukoliko je ovaj preduslov ispunjen, potrebno je dobro ispitati finansijski i ljudski potencijal korisnika franšize sa kojim bi se poslovalo u zemlji domaćinu. Profil budućeg poslovnog partnera biće uslovljen motivima davaoca franšize koji mogu biti raznoliki. U najvećem broju slučajeva ključni motiv kod manjih franšiznih sistema jeste obezbeđivanje brže ekspanzije na inostranom tržištu uz niže troškove razvoja koji će delom pasti na teret druge ugovorne strane, a koji su praćeni smanjenim rizikom u poslovanju (tzv. disperzija rizika). Međutim, neretko se dešava da je kapital potencijalnog partnera zanemarljiv (naročito kod franšiznih sistema koji su postigli globalni uspeh i zavidan poslovni ugled) u odnosu na poznavanje lokalnog tržišta koje može biti presudno upostupku prilagođavanju poslovnog modela poslovnom okruženju zemlje domaćina.

Naime, ne postoje garancije da će jedan sistem, koji je pokazao vitalnost na jednom tržištu, nužno biti uspešan i na svakom drugom, niti postoji odgovarajuća formula za uspeh. Franšizni sistem počiva na inventivnoj ideji, dugoročnoj posvećenosti svih učesnika, od najnižeg do najvišeg nivoa, u poslovnoj hijerarhiji sistema, uloženom kapitalu, velikom radu i zalaganju. Očigledno je da korisnik franšize mora imati odgovarajući kapital, potrebne upravljačke veštine i infrastrukturu za obavljanje poverenih zadataka. Njegov preduzetnički duh, smisao za razvoj poslovanja, posvećenost su odlike korisnika franšize koje su preduslov za uspeh u zajedničkom poslovnom poduhvatu.<sup>26</sup> Realnu procenu potencijalnog poslovnog partnera, davalac franšize može izvršiti kroz detaljne provere, koje može sprovesti samostalno, ili uz angažovanje treće strane. Takođe, davalac franšize može sprovesti intervjuisanje potencijalnih kandidata, pri čemu ima mogućnost i pravo postavljanja brojnih i veoma detaljnih pitanja, a sve u cilju razmatranja kako poslovnih, tako i ličnih predispozicija. Potrebno je utvrditi da li korisnik franšize zaista poznaje teritoriju na kojoj će razvijati franšizni sistem, ali i njegovo učešće u drugim franšiznim sistemima. Naime, nekada bogato i dokazano iskustvo neće biti dovoljno, ukoliko zbog obaveza prema ostalim poslovnim partnerima neće imati dovoljno vremena koje je potrebno za doprinos u razvoju franšiznog sistema.

Dakle, što je veći broj prikupljenih informacija, to će proces donošenja odluke biti lakši. Treba imati u vidu da se kvalitet odnosa davaoca i korisnika franšize reflektuje na čitavu strukturu odnosa u franšiznom sistemu, te se zato i kaže da je lanac čvrst koliko je čvrsta njegova najslabija karika.<sup>27</sup> Koliko kvalitetni po-

<sup>26</sup> Nitish Kaushik, "Intellectual Property: Licensing and Franchising", 2013, dostupno na adresi: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2315960](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315960), 28.02.2018,7.

<sup>27</sup> M. Parivodić (2003), str. 61.

slovni partneri mogu doprineti ubrzanom razvoju poslovanja, toliko nemar novih članova može oštetiti proverenog davaoca. Sa druge strane, i sam davalac franšizinga, u fazi izgradnje sopstvenog franšiznog sistema, mora aktivno delovati na polju promocije sopstvenog poslovnog sistema, ulažući u kampanju koja za cilj ima privlačenje potencijalnih poslovnih partnera. Projekcije budućih prihoda koje se stavljaju u izgled korisniku franšizinga, moraju biti zasnovane na tačnim i istinitim podacima, kako se čitav odnos ne bi izgradio na neosnovanim očekivanjima, koji za posledicu mogu imati nanošenje materijalne štete drugoj ugovornoj strani. U poslovnoj praksi su česte i raznovrsne zloupotrebe od strane davaoca franšize, koje se ogledaju i u prikriivanju poslovne prošlosti, odnosno sporova sa korisnicima, osuđivanosti pripadnika menadžmenta, istorije raskinutih ugovora i nepostojanje poslovnog iskustva.

Imajući u vidu navedeno, u cilju obezbeđenja sigurnosti u pregovorima, sprečavanja sporova pre ulaska u ugovorni odnos, ali i zaštite ekonomski slabije ugovorne strane, zakonodavac je u čl. 1269. *Nacrta* propisao obavezu davaoca franšize da 20 dana pre zaključenja ugovora, svakom potencijalnom korisniku, dostavi dokumentaciju koja se sastoji od izvoda ugovora o franšizingu i dokumenta sa poslovnim obaveštenjima. U čl. 1270. detaljno je propisana sadržina dokumenta sa predugovornim obaveštenjima, na osnovu kojih će korisnik franšize uspeti da utemelji svoju odluku o ulasku u franšizni sistem, raspoložujući svim potrebnim saznanjima o bitnim činjenicama, koje su relevantne za zaključenje ugovora.

Posledica nepoštovanja propisa o predugovornom obaveštavanju je pravo korisnika na poništaj ugovora, kao i pravo na naknadu štete za pričinjenu štetu. Na ovaj način, ne samo da je tekst *Nacrta* usklađen sa *Modelom zakona o otkrivanju podataka* koji je usvojio UNIDROIT, već je obezbeđena mogućnost krisnika franšize da svoju odluku utemelji na podacima za čiju tačnost odgovara davalac franšize. S druge strane, u okviru st. 2. i 3. čl. 1268. *Nacrta*, propisuje se obaveza ugovornih strana da čuvaju poverljiva obaveštenja i dokumenta koja se odnose na drugu stranu, zaključenje ili izvršenje ugovora o franšizingu do kojih su došle tokom pregovora, a koja ne smeju biti otkrivena trećim licima bez obzira da li su pregovori doveli do zaključenja ugovora. Takođe, propisuje se odgovornost za povredu ove obaveze koja traje i razumno vreme nakon okončanja pregovora. Dakle, zakonodavac je obezbedio vid garancije da spremnost davaoca franšize za potpunim i detaljnim informisanjem potencijalnog poslovnog partnera, neće biti zloupotrebljena u slučaju da ne dođe do realizacije predmetnog posla, čime je uspostavljena ravnoteža u odnosu između potencijalnih poslovnih partnera, davaoca i korisnika franšize.

*Klauzula o ustupanju.* – Ugovor o master franšizingu, kao i ugovor o pod-franšizingu po pravilu sadrži klauzulu o ustupanju franšize (*the grant clause*), koja je od izuzetnog značaja, imajući u vidu da se njome postavljaju temelji budućeg delovanja ugovornih strana. Međutim, njena sadržina u ugovorima o master franšizingu je značajno složenija nego što je to slučaj kod jediničnih ugovora, imajući u vidu da ona pored odnosa davaoca i korisnika franšize, utvrđuju detaljne smernice za uređenje budućeg odnosa između davaoca i korisnika pod-franšize. Veliki broj autora kao najveći nedostatak franšiznog sistema ističe ustupak na koji se opredeljuje davalac franšize, a koji se ogleda u odricanju u većoj ili manjoj meri od kontrolnih ovlašćenja, što nesumnjivo vodi umanjivanju, odnosno podeli moći.<sup>28</sup> Imajući u vidu navedeno, sadržinu ove klauzule čine precizno definisan paket prava intelektualne svojine koji se ustupa korisniku franšize, namena i način korišćenja ustupljenih prava, geografsko područje na kome se prava preneti klauzulom mogu koristiti, kao i stepen ekskluziviteta u njihovom korišćenju. Na ovaj način se uspostavlja odnos koji odslikava meru samostalnosti u poslovanju koju je davalac spreman da obezbedi korisniku franšize, a posredno i korisniku pod-franšize.

*Ekskluzivitet.* – Na osnovu čl. 1263. st. 1. *Nacrta* u kome se navodi da ugovorom o franšizingu može biti predviđeno isključivo ili neisključivo pravo korisnika franšize, može se zaključiti da je strankama ostavljena mogućnost da dogovore potpuni ekskluzivitet korisnika franšize, čime bi se isključila mogućnost aktivnog delovanja svih drugih subjekata na zaštićenoj teritoriji. Nasuprot tome, deo prava davaoca franšize može biti ustupljeno drugom privrednom subjektu. U svakom slučaju, što je ugled franšize manji, to će davalac franšize biti primoran da pruži veći stepen ekskluziviteta kako bi privukao nove članove u sistem. Franšize koje su dostigle zrelu fazu, i stekle zavidan ugled, nisu primorane da nude krupnije povlastice.<sup>29</sup> Podrazumeva se da na koju god od propisanih mogućnosti se ugovorne strane opredele, očekivano je da nijedna strana neće delovati suprotno zajedničkom poslovnom interesu, narušavajući vitalnost postojećih poslovnih jedinica. Ipak, u st. 3. istog člana *Nacrta* propisuje se da ukoliko u ugovoru o franšizingu nije naznačeno da li se radi o isključivom ili o neisključivom pravu korisnika franšize da zaključuje ugovore o pod-franšizingu, smatraće se da se radi o isključivom pravu na zaključivanje ugovora o pod-franšizingu na određenoj teritoriji. Dakle, na osnovu prethodno spomenutog uverenja o potrebi zaštite kori-

<sup>28</sup> John W. Fitzgerald, Max J. Schott, "Expansion option: multi-unit and third-party arrangements", 2008, dostupno na adresi: <https://www.franchise.org/expansion-option-multi-unit-and-third-party-arrangements>, 28.02.2018.

<sup>29</sup> M. Parivodić (2002), str. 75.



snika franšize kao najčešće slabije ugovorne strane, zakonodavac se opredelio za blagonaklon odnos prema korisniku franšize, a sve u cilju uspostavljanja balansa u ugovornom odnosu. Naime, u slučajevima kada davalac franšize u klauzuli o ustupanju nije eksplicitnom odredbom zadržao određena prava, konkretna ugovorna odredba će se tumačiti u korist korisnika franšize, odnosno smatraće se da je ugovoren potpun ekskluzivitet.

*Teritorija.* – Pitanju ekskluziviteta prethodi tačno određivanje ugovorene teritorije, te u tom smislu zakonodavac napominje u istom članu da se delovanje korisnika franšize u cilju širenja franšizne mreže odvija na tačno odedenoj teritoriji. Ključni zadatak davaoca franšize je pravilna procena poslovnog kapaciteta korisnika franšize, na osnovu koje će se precizno definisati geografsko područje njegovog delovanja. U praksi će se često davalac franšize susretati sa ambicioznim zahtevima potencijalnog poslovnog partnera, koji neće odgovarati njegovim razvojnim mogućnostima. Razuman cilj kome obe stranke treba da teže je odrediti onoliko teritoriju koliko je korisnik franšize sposoban da u punoj meri razvije, a koja ne ograničavanjegove potencijale razvoja.

*Razvojni plan.* – Ukoliko se opredeli za ustupanje potpunog ekskluziviteta korisniku franšize, davalac će po pravilu uneti u ugovor poseban član o razvojnim projekcijama. Naime, on se ne može zadovoljiti obavezom najboljeg nastojanja korisnika franšize, već će očekivati otvaranje predviđenog broja poslovnih jedinica, zatvaranje prostora za konkurenciju i ostvarivanje što većeg prihoda. Razvojni plan je sredstvo kojim će precizno biti definisana njegova očekivanja u pogledu poslovnih rezultata, na osnovu koga će se procenjivati uspešnost u realizaciji ugovornih obaveza, odnosno odlučivati o posledicama u slučaju njihovog neostvarivanja. Bitno je da svaki davalac franšize utvrdi “razuman razvojni plan”, koji je realističan i ostvariv, na osnovu koga će se objektivno utvrđivati da li je poverena teritorija iskorišćena u najvećoj mogućoj meri, što nije lak zadatak. Sankcije se mogu kretati od delimičnog do potpunog gubitka ekskluziviteta, smanjenja ekskluzivne teritorije, odnosno broja jedinica koje se smeju otvoriti, plaćanja dodatnog procenta preko uobičajne periodične naknade, gubljenja prava na obnavljanje ugovora, odnosno raskida ugovora vanrednim otkazom iz ozbiljnog uzroka.

Kada je u pitanju stepen slobode u donošenju poslovnih odluka tokom procesa prilagođavanja franšizing sistema lokalnim prilikama i propisima zemlje domaćina, zakonodavac pruža dvostruko rešenje u zavisnosti od ugovorenog načina delovanja korisnika franšize. Naime, davalac franšize zadržava kontrolna ovlašćenja, određujući njihov intezitet prema sopstvenom nahodanju. Delovanje korisnika franšize se kreće u okvirima koji su postavljeni u st. 2. čl. 1263. *Nacrta*. U njemu je propisano da ugovorom o franšizingu može biti predviđeno da je za

zaključenje svakog pojedinačnog ugovora o pod-franšizingu potrebna saglasnost davaoca franšize, čime se ostavlja mogućnost da davalac franšize u potpunosti prepusti izbor korisnika pod-franšize svom poslovnom partneru, što najčešće i prati dogovoren veći stepen samostalnosti korisnika franšize, odnosno odgovornosti koju preuzima na sebe u procesu adaptacije franšizing sistema lokalnom tržištu.

Nakon što je postignuta saglasnost oko tri bazična elementa klauzule o ustupanju, treba imati u vidu da će oni neosporno biti uslovljeni ugovorenim načinom delovanja, odnosno iskorišćavanjem prava korisnika franšize, koji može biti regulisan na tri različita načina. Prvi način podrazumeva da davalac pod-franšize otvara sopstvene jedinice na teritoriji koja mu se klauzulom o ustupanju prenosi. Drugi način podrazumeva da je davalac pod-franšize prenosi na treća lica-korisnike pod-franšize, dok treća mogućnost predstavlja kombinaciju prve dve.<sup>30</sup> Dakle, može se zaključiti da je zakonodavac imao u vidu sva tri pomenuta modaliteta delovanja korisnika franšizinga, te je omogućio da se mogu regulisati na način propisan u st.1. čl. 1263. *Nacrta*.

Nakon što se postavе temelji buduće saradnje klauzulom o ustupanju, bitan element ugovora o master franšizingu čine odredbe koje se odnose na prava i obaveze ugovornih strana neophodnih radi realizacije zajedničkog poslovnog cilja, a koje su po pravilu kompleksne i mnogobrojne. Treba imati u vidu da će se odredbe koje se odnose na ugovor o franšizingu shodno primeniti i na ugovor o master franšizingu, odnosno na ugovor o pod-franšizingu, ukoliko iz prirode ugovora ili volje ugovornih strana ne prozilazi nešto drugo (čl. 1267. *Nacrta*). Naime, ugovorne obaveze davaoca franšize prema korisniku franšize mogu se svrstati u dve kategorije, odnosno one koje se odnose na ustupanje prava od kojih se sastoji franšizni paket, što je predmet gore pomenute klauzule o ustupanju, kao i one kojima se omogućava korisniku franšize da iskorišćava ustupljena prava time što će mu predati franšizing sistem.<sup>31</sup> U *Nacrtu* pomenute obaveze se razvrstavaju na one kojima se predaju potrebna tehnička i komercijalna dokumenta, uz pružanje potrebnih obaveštenja (čl. 1272); obaveštavanja o unapređenom poslovanju (čl. 1273), početnoj i tekućoj obuci, obrazovanju i pomoći u poslovanju korisnika franšize, uz obavezu očuvanja identiteta poslovne mreže, kao i odgovornosti davaoca franšize za postojanje i sadržinu prenetih prava (čl. 1276).

*Kontrolna ovlašćenja.* – Dakle, ključni instrument za prenošenje *know-how*-a jeste poslovni priručnik koji se kod ugovora o master franšizingu izrađuju posebno za korisnika franšize i korisnika pod-franšize. Troslojna struktura odnosa

<sup>30</sup> T. Milenković Kerković (2010), str. 21.

<sup>31</sup> M. Parivodić (2003), str. 101.

dovodi do usložnjavanja obaveza kako davaoca, tako i korisnika franšize. Naime, davalac franšize će biti u obavezi da na korisnika franšize prenese *know-how*, ali sa ciljem da ga osposobi da preuzme ulogu davaoca pod-franšize. Korisnik franšize takođe mora biti obavješten o svakoj inovaciji i promeni koja za cilj ima unapređenje u sistemu poslovanja, kako bi ih blagovremeno mogao primeniti u procesu adaptacije sistema lokalnim prilikama. Ništa manji značaj nema obaveza pružanja pomoći kroz konsultantske usluge, kako u početnim stadijumu otpočinjanja poslovanja (*initial assistance*), tako i u kasnijim fazama tokom trajanja ugovornog odnosa (*ongoing assistance*). Kako bi se korisnik franšize u potpunosti osposobio za dalju distribuciju franšiznog sistema, upravljanje postojećom mrežom i konačno prenošenje stečenog znanja na korisnika pod-franšize, neophodno je da prođepredviđenu obuku sa svojim rukovodećim zaposlenima. Treba napomenuti da je osposobljavanje korisnika pod-franšize po pravilu obaveza davaoca pod-franšize, ali se može desiti, najčešće u početnoj fazi razvoja, da će se davalac franšize obavezati na sprovođenje obuka i pružanje pomoći direktno korisniku pod-franšize.<sup>32</sup>

Takođe, davalac franšize komunicira sa korisnikom franšize na dnevnom i nedeljnom nivou, a sve u cilju kontinuiranog praćenja poslovanja kroz pribavljanje novih i ažuriranje postojećih informacijama o ostvarenom prihodu i eventualnim problemima sa kojima se suočava.<sup>33</sup> Treba imati u vidu da je ulaganje davaoca franšize u sopstveno prisustvo dodatno garantuje korisnicima franšize njegovu ozbiljnost i istrajnost u nameri da se realizuju zajednički poslovni ciljevi. Pored pomenutih odredbi *Nacrta*, davalac franšize najčešće preuzima osmišljavanje i sprovođenje reklamnih kampanji iz fondova koji se konstituišu zajedničkim ulaganjem sredstava svih učesnika sistema, a koje za cilj imaju međunarodne promocije sistema i unapređenja poslovnog ugleda. Različiti su modaliteti kontrole od strane davaoca franšize i mogu se kretati od obezbeđenja svih materijala koji će se koristiti u kampanji, preko odobravanja pripremljenog materijala od strane korisnika franšize, do davanja uputstava i smernica za realizaciju pomenutih ugovornih obaveza. Takođe, davalac franšize zadržavajući pravo nadzora i kontrole nad poslovanjem korisnika franšize, ostvaruje ne samo lični interes, već i obavezu prema svim ostalim učesnicima, a sve u cilju održavanja poslovne reputacije sistema i standarda kvaliteta u okviru poslovne mreže. Širok spektar kontrolnih ovlašćenja može se objasniti činjenicom da izgradnja poznatog, renomiranog i uspeš-

---

<sup>32</sup> M. Parivodić (2002), str. 104.

<sup>33</sup> Hasanudin Bin Mohd Thas Thaker, "Conflict of Interest: A Critical Analysis of Franchising Business", 2011, str. 5. dostupno na adresi: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1878146](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1878146), 28.02.2018.

nog poslovnog imena na tržištu za njegovog tvorca predstavlja umetničko delo, koje osim materijalne vrednosti ima ličnu vrednost.<sup>34</sup>

U tom smislu, neretko će zadržati pravo da odlučuje o lokaciji na kojoj će poslovati korisnik franšize, kao i pravo da zahteva da se nabavka robe, opreme, i proizvoda, sprovodi direktno od njega ili odobrenih snabdevača, obezbeđujući standardni kvalitet i redovno snabdevanje. Iako ima pravo da zahteva od korisnika franšize da prodaje isključivo njegovu robu, kao i pravo da utiče na formiranje cene, treba imati u vidu da će ovo pravo biti ograničeno na teritoriji Evropske unije, jer bi bilo suprotno članu 8. Ugovora o udruživanju Evropske zajednice.<sup>35</sup>

### *Korisnik franšize*

Pored brojnih obaveza davaoca franšize, čije je dosledno i kontinuirano izvršavanje preduslov za osposobljavanje korisnika franšize, podjednako su značajne i taksativno navedene obaveze korisnika franšize, koje propisuje *Nacrt*: predviđa obavezu pridržavanja uputstava i čuvanja poverljivih podataka (čl. 1277); obezbeđenja kvaliteta robe i usluga i identiteta robe i usluga (čl. 1278), omogućavanje kontrole koju vrši davalac (čl. 1279), obaveza dostavljanja izveštaja o poslovanju (čl. 1280), obaveza čuvanja poslovnog ugleda i identiteta franšizne mreže (čl. 1281), obaveza plaćanje naknade za ustupljena prava i izvršene usluge, kao i obaveza obaveštavanja davaoca franšize tokom trajanja ugovora (čl. 1283).

Dakle, iako *Nacrt* ne reguliše detaljno ugovorni odnos između davaoca i korisnika pod-franšize, već se na njega primenjuju odredbe koje se odnose na standardni ugovor o franšizingu, može se zaključiti da je njegova uloga višestruka, kompleksna i odgovorna. Naime, korisnik franšize iz master ugovora objedinjuje u sebi dve uloge u dva odvojena ugovorna odnosa: pre svega kao korisnik franšize (kod ugovora o master franšizingu), a potom kao davalac pod-franšizinga (kod ugovora o pod-franšizingu). Sve propisane obaveze sadržane u master ugovoru, reflektovane su u jediničnim ugovorima, u kojima će predstavljati obaveze korisnika pod-franšize prema davaocu pod-franšize. Dakle, poslovni uspeh je uslovljen njegovim delovanjem, koje iako u velikoj meri ograničeno ugovorenim standardima poslovanja i uputstvima, podrazumeva ne samo preduzetnički entuzijazam, već i stručan i profesionalni pristup velikom broju poverenih zadataka koji svakako podrazumevaju visok stepen odgovornosti. Opređeljujući se za ovaj

<sup>34</sup> Ralph Waldo Emerson, "Franchises as Moral Rights", *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*, Vol. 14, No. 4, 2014, dostupno na adresi: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2705466](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705466), 28.02.2018, 554.

<sup>35</sup> J. Perović (2012), str. 152.

vid poslovne saradnje, na sebe preuzima znatan deo odgovornosti za širenje franšize, rasterećujući davaoca franšize, čija se uloga sada pre svega odnosi na kontrolisanje ispravnosti vršenja ustupljenih prava.

Čitav spektar propisanih činidbi, podrazumeva samo jedan segment njegovog budućeg delovanja, koje za cilj ima prilagođavanje čitavog sistema lokalnim običajima, kulturi, navikama i propisima zemlje domaćina. Takav proces praćen je nizom dužnosti korisnika franšize koje proizilaze iz franšiznog paketa, a od čije sposobnosti lokalizacije sistema novom tržištu će zavisiti uspeh čitavog poslovnog poduhvata. Otuda, uprkos velikim prednostima franšiznih sistema, dokazano je da više od polovine novih franšiza prestaje da postoji tokom prve četiri godine.<sup>36</sup> S tim u vezi, potencijalni korisnici franšize treba da budu veoma oprezni prilikom kupovine sistema koji još nije "proslavio" svoj četvrti rođendan.

*Pilot operacija.* – Razumljivo je što je u najvećem broju slučajeva jedan od prvih zadataka korisnika franšize, koja mu se najčešće nameće ugovorom, ili je svojevolsjno preduzima, jeste otpočinjanje probne (pilot) operacije koja za cilj ima proveru funkcionisanja sistema u lokalnim prilikama. Ovakav vid preventivnog delovanja, za cilj ima omogućavanje realne procene funkcionisanja sistema na konkretnoj teritoriji. Stečena saznanja mogu biti od višestruke koristi, jer će nakon utvrđivanja realnih dometa sistema moći ne samo da ih iskoristi u procesu njegove adaptacije i prenošenju stečenih iskustva na korisnike pod-franšize, već će doprineti donošenju konačne odluke o stupanju u sistem. Nakon probnog aranžmana, i identifikovanja eventualnih problema i nedostataka koji se moraju otkloniti radi prilagođavanja, korisnik franšize imaće pravo da predloži određene izmene, koje će davalac moći da usvoji ili odbije ukoliko ih bude smatrao korisnim i razumnim naravno, odbijanje određenog zahteva mora biti opravdano, odnosno ne sme da predstavlja zloupotrebu prava.<sup>37</sup> Sve odobrene izmene će se uneti u poslovni priručnik, dok se u ugovorima naglašava da sve izmene bez obzira ko ih inicira, predstavljaju deo sistema čiji je vlasnik korisnik franšize.

*Grant-back klauzula.* – Treba imati u vidu da su sugestije, odnosno inventivne i korisne ideje o unapređenju poslovanja, česta pojava, i to ne samo u fazi sprovođenja pilot-operacije, već naročito tokom trajanja ugovornog odnosa, te one neretko bivaju odobrene i implementirane u sistem, doprinoseći boljim poslovnim rezultatima. Iako je franšizing jedan od poslovnih koncepata koji je teško povezati sa inovacijama, s obzirom da predstavlja korišćenje isprobanog poslovnog modela, dinamična priroda ovog poslovnog aranžmana ga izdvaja u odnosu

---

<sup>36</sup> S. Stefanović, M. Stanković (2013), str. 120.

<sup>37</sup> D. Janjušić (2014), str. 67.

na ostale distributivne sisteme, te podrazumeva i podstiče kontinuiranu saradnju svih aktera u sistemu. Ukoliko se uzme u obzir intezivna međunarodna konkurencija, sve zahtevnija tržišta i brz razvoj tehnologije, inovativne franšizne kompanije treba da budu otvorene za nove ideje, proizvode i procese. Naime, poželjno je da davaoci franšize podstiču drugu ugovornu stranu da promoviše kreativnost, inventivnost, aktivno koristeći svoje veštine i znanja o tehnologijama i tržištima, kako bi se poboljšao uspeh celokupnog franšizing sistema, a time održao ispred konkurencije.<sup>38</sup>

Međutim, na koji će način biti tretiran doprinos korisnika franšize, odnosno ustupanje inovacije davaocu franšize nakon prestanka ugovornog odnosa, jedno je od kontroverznih pitanja kod ovog ugovora. Imajući u vidu navedeno, zakonodavac je dao odgovor u čl. 1294. st. 4. *Nacrta*, koji propisuje da bez obzira na razlog prestanka ugovora o franšizingu (osim usled raskida zbog neispunjenja obaveza), korisnik franšize koji je svojim poslovanjem doprineo značajnom povećanju obima poslovanja davaoca franšize, podigao vrednost i ugled poslovne mreže, ima pravo na naknadu za uvećani *goodwill* (tzv. *grant-back* klauzula). Na ovaj način, pružena je podrška međusobnoj saradnji, uz obezbeđenje satisfakcije korisniku franšize koji je svojim zalaganjem unapredio čitav sistem.

*Obaveze korisnika franšize.* – Nakon što se upusti u realizaciju svojih ugovornih obaveza, prioriteta obaveza korisnika franšize je da izvrši izbor korisnika pod-franšize sa kojim zaključuje odobreni standardni jedinični ugovor.

Poštujući sve dogovorene kriterijume, davalac pod-franšize će odgovarati davaocu franšize za izvršeni izbor, preuzimajući na sebe i niz drugih obaveza. Pretpostavka je da će izabrati korisnike pod-franšize sa zdravom poslovnom osnovom, koji su sposobni da uspešno primenjuju metode davaoca franšize i koji će moći da doprinesu realizaciji razvojnog plana. Kako se poslovno okruženje znatno razlikuje od onog u zemlji davaoca franšize, adaptacija franšiznog sistema lokalnim prilikama podrazumeva da i jedinični ugovori moraju biti usklađeni sa imperativnim propisima države domaćina, što će biti jedna od bitnih obaveza davaoca pod-franšize. Takođe, preduslov za uspešno širenje franšizne mreže jeste adekvatna operativna infrastruktura, koja omogućava adekvatno praćenje dinamičnog razvoja sistema i koja, u skladu sa utvrđenim potrebama, pruža stručnu podršku izabranim korisnicima pod-franšize, pruža sve potrebne konsultacije, odnosno administrativnu i stručnu podršku, kako bi se osposobili za samostalno obavljanje delatnosti. U tom smislu, davalac pod-franšize će po procedurama koje su određene od strane davaoca franšize, sprovesti niz obuka i u kontinuitetu.

<sup>38</sup> M. Stanković, "Značaj inovacija za razvoj franšiznih sistema", *Škola biznisa*, br. 3-4, Novi Sad, 2013, str. 195.

Nasuprot tome, korisnik pod-franšize će nakon što postane deo sistema, davaocu pod-franšize morati da uzvрати redovnim izveštajima o svim relevantnim pitanjima, kao i da omogući neposredne kontrole, a sve u cilju provere doslednog pridržavanja poslovnog standarda koje je predvideo davalac franšize. Takođe, davalac pod-franšize se obavezuje da će održati tzv “prepoznatljivost mreže”, tako što će, osim raznih vidova obuke, održavati uniformnost objekata i izvršavati obaveze koje proizilaze iz Priručnika, poput pravilnog korišćenja znaka, pravilne organizacije tretmana, garantovanjem rezultata i izdavanjem sertifikata o garanciji za klijente, omogućavanjem vršenja kontrole davaocu master franšizinga, obavezom ugovaranja osiguranja, obaveze čuvanja tajnosti podataka itd.<sup>39</sup>

Jedan od bitnih segmenata tog odnosa je i pitanje plaćanja naknade na koje se obavezuje korisnik franšize. Ona može imati oblik inicijalne naknade (*initial fee*), koja predstavlja tržišnu vrednost ustupljenih prava, prenosa *know-how*, kao i za usluge koje davalac franšizinga pruža kontinuirano u različitim oblicima. Pored toga, postoji obaveza plaćanja periodične naknade (*royal fee*), koja se po pravilu ugovara u određenom procentu i zavisi od obima ukupnog prometa, ili je delom fiksna. U ovakvom modelu poslovanja, svakako se podrazumeva da će davalac pod-franšize biti odgovoran ne samo za izbor korisnika pod-franšize, već i za redovno ispunjavanje ugovornih obaveza. U tom smislu zakonodavac propisuje u čl. 1264. st. 2 subsidijarnu odgovornost korisnika franšize za štetu pričinjenu davaocu franšize radnjama korisnika pod-franšize, ukoliko drugačije nije predviđeno.

Može se zaključiti da uloga davaoca pod-franšize zahteva angažovanje u svim segmentima poslovanja korisnika pod-franšize, i to u mnogo intezivnijem obliku nego što je to slučaj sa podrškom koju pruža davalac franšize kod standardnog ugovora o franšizingu. U tom smislu, razumljivo je što će imati pravo da u slučaju procene neodgovornog, neadekvatnog nedovoljno efikasnog poslovanja korisnika pod-franšize pribegne odgovarajućim merama, koje će se kretati od onih korektivnih, pa sve do onih najoštrijih, poput raskida jediničnog ugovora. Tome će pribeći samo kao krajnjem sredstvu, jer takav epilog nije u interesu nijednog učesnika u ugovornom odnosu. Dakle, sve dok je izvesno da postoji šansa da se uspostavljeni poslovni odnos održi, naročito u početnoj fazi, davalac pod-franšize će biti u obavezi da obezbedi svu potrebnu podršku. Pored toga, u opseg njegovog delovanja spadaće učešće u reklamanoj kampanji, koju na međunarodnom nivou sprovodi i kordinira davalac franšize. Naime, njegov doprinos se ogleda u njenom sprovođenju na nacionalnom ili regionalnom nivou, odnosno praćenju sprovođenja od strane korisnika pod-franšize na lokalnom nivou.

---

<sup>39</sup> T. Milenković Kerković (2010), str. 24.

Poznavanje socijalnog, ekonomskog ambijenta domaće teritorije, utiće na prilagođavanje reklamnog materijala potrebama domaćeg tržišta. Međutim, zakonodavac je propisao ograničenja u korišćenju ustupljenih prava, koja se kreću od njihovog prenosa uz izričitu pismenu saglasnost, odnosno vršenja na tačno ugovorenoj teritoriji (čl. 1284. i 1285), kroz zabranu ugovorne i post-ugovorne konkurencije (čl.1286), pa sve do ograničenja u načinu prodaje robe i pružanja usluga (čl. 1287).

*Prenos prava i ovlašćenja iz ugovora o master franšizingu.* – Jedno od značajnih pitanja kod ugovora o franšizingu jeste pravo ugovornih strana da prenese prava i ovlašćenja iz ugovora, kao ustupanje ugovornog položaja trećim licima. Naime, zakonodavac se opredelio da čl. 1284. *Nacrta* ograniči, odnosno uslovi izričitom pismenom saglasnošću davaoca franšize, prenos prava i ustupanje ugovora korisnika franšize, ostavljajući mogućnost da ugovorne strane predvide drugačije rešenje. Pre svega, na ovaj način se tvorcu poslovnog koncepta omogućava da slobodno odlučuje o prenosu prava nezavisno od volje druge ugovorne strane, čije bi eventualno neodobravanje moglo da umanjí tržišnu vrednost i dovede do značajnih gubitaka. Sa druge strane, ukoliko se u obzir uzme *intuitu personae* karakter ugovora, postavlja se pitanje na koji način će se regulisati pitanje prenosa prava i obaveza iz ugovora na naslednike ili sledbenike u slučaju prestanka korisnika franšize (usled smrti, gubitka poslovne sposobnosti, likvidacije ili stečaja privrednog društva). Odgovor na ovo pitanje nalazi se u pomenutom članu, te možemo zaključiti da se davaocu franšize ostavlja diskreciono pravo da sam proceni lična svojstva budućeg poslovnog partnera, na osnovu kojih će odlučiti da li će svojom pismenom saglasnošću odobriti njegov ulazak u franšizni sistem.

*Odnos davaoca franšize iz osnovnog master ugovora  
i korisnika franšize iz ugovora o pod-franšizingu*

Davalac franšize se može opredeliti za različite ugovorne tehnike ostvarivanja kontrole nad poslovanjem korisnika pod-franšize. Sa jedne strane, može se opredeliti za posredničku ulogu korisnika franšize, čije delovanje će u potpunosti biti kontrolisano kroz određivanje sadržine i načina izvršenja jediničnih ugovora koje će zaključivati sa korisnicima pod-franšize, kao i poslovnog priručnika kojim se detaljno preciziraju svi aspekti svakodnevnog vođenja posla. Takođe, davalac franšize se može opredeliti za mogućnost određivanja samo obavezne strukture Priručnika, uključujući jedan broj obaveznih odredbi, dok će sastavljanje prepustiti korisniku franšize. Osim obaveze adaptacije pomenutih dokumenata, pozitivnim pravnim propisima i zakonodavstvu zemlje domaćina, za svaku da-



lju modifikaciju i izmenu će biti potrebna njegova saglasnost. Pored mogućnosti da se zaključenje ugovora sa korisnikom pod-franšize uslovljava pristankom davaoca franšize (čl. 1263. st. 2), može ugovoriti čitav niz drugih bitnih odluka čija će realizacija zavisiti od njegove procene i saglasnosti. Dakle, ukoliko se ugovorne strane opredele za ovakav model poslovanja, davalac franšize će obezbediti prisutnost i nadzor u svim segmentima poslovanja i kada je u pitanju korisnik pod-franšize sa kojim nije u ugovornom odnosu.

Međutim, pored očiglednih pratećih teškoća (materijalnih, personalnih) koje davanje saglasnosti u dalekoj i kulturno različitoj zemlji može davaocu franšize predstavljati, postoji opasnost da bi u nekim sistemima sud, na osnovu jakih kontrolnih ovlašćenja, mogao smatrati da su davalac i korisnik franšize jedan subjekt sa dva ogranka.<sup>40</sup> Naprotiv, treba imati u vidu da ugovor može biti osnov za nastanak povezanih društava ako su ispunjeni uslovi kontrole, ostvarivanja kontrole ili kordinacije između učestvujućih društava. U tom smislu, ekonomsko jedinstvo kroz pravni plularizam, karakterističan za franšizing, u svojim praktičnim efektima može biti gotovo identičan povezivanju kapital-učešćem ukoliko su ispunjeni pomenuti uslovi (npr. kod stečajnog postupka, u radno-pravnim odnosima i sl.).<sup>41</sup> Imajući u vidu navedeno, privredni subjekti koji učestvuju u franšiznom odnosu, nikako ne mogu biti posmatrani kao jedinstveni pravni subjekt, te da bi se izbeglo pogrešno tumačenje, odnosno olakšao proces davanja saglasnosti, davalac franšize može da definiše kriterijume za davanje saglasnosti, nakon čega bi to pravo delegirao korisniku franšize. Dakle, potrebno je pronaći adekvatni vid saradnje, koji će biti jednostavan, ali ujedno efikasan i svrsishodan.

S druge strane, neretko će praktični razlozi nametnuti potrebu uspostavljanja direktnog odnosa između davaoca franšize iz osnovnog master ugovora i korisnika franšize iz pod-franšizing ugovora. Direktan odnos se može uspostaviti na osnovu zakona (*ex lege*), unošenjem klauzule u jedinični ugovor u korist davaoca franšize i na osnovu zaključivanja direktnog ugovora između davaoca franšize i korisnika pod-franšize.<sup>42</sup> U tom smislu, zakonodavac u tekstu *Nacrta* predviđa da ukoliko samim sporazumom strane nisu predvidele drugačije, ugovorom o pod-franšizingu se ne uspostavlja direktni pravni odnos između davaoca franšize i korisnika pod-franšize. Takođe, korisnik franšize snosi subsidijarnu odgovornost za štetu pričinjenu davaocu franšize radnjama korisnika pod-franšize. Isto tako, čl. 1265. *Nacrta* propisuje da davalac franšize može, radi naplate svojih potraživa-

---

<sup>40</sup> M. Parivodić (2002), str. 64.

<sup>41</sup> V. Vuk Radović, "Stečaj povezanih društava – osnovni problemi i nedoumice", *Harmonius*, br. 1, Beograd, 2014, str. 275-276.

<sup>42</sup> D. Janjušić (2014), str. 67.

nja od korisnika franšize, da zahteva neposredno od korisnika pod-franšize isplatu iznosa koje ovaj duguje davaocu pod-franšize iz ugovora o pod-franšizingu. Dakle, mogućnost uspostavljanja direktnog odnosa je ostavljeno kao dispozitivno pravo, odnosno prepušteno je slobodnoj volji stranaka, uz istovremeno obezbeđenje davaoca franšize u slučaju obeštećenja od svakog gubitka, štete, troška (uključujući administrativne sudske, advokatske troškove) i odgovornosti koji bi teretili davaoca pod-franšize.

#### PRESTANAK UGOVORA O MASTER FRANŠIZINGU I NJEGOVE POSLEDICE

Poslednji odeljak *Nacrta* posvećen je trajanju, obnovi, i prestanku ugovora o franšizingu. Naime, predviđeno je da ugovor može biti zaključen na određeno i neodređeno vreme. Imajući u vidu da se radi o dugoročnom poslovnom poduhvatu, u kome su očekivanja korisnika franšize usmerena na povraćaj uložениh sredstava, zakonodavac je u čl. 1288. st. 2. *Nacrta* naglasio da trajanje ugovora treba da bude dovoljno dugo kako bi korisnik franšize mogao da povрати uložena sredstva. Ovakvo rešenje nije uobičajeno, jer se u drugim zakonodavstvima imperativnim putem najčešće propisuje minimalna dužina trajanja ugovornog odnosa, sa ciljem zaštite interesa ekonomski slabije ugovorne strane, što nije prihvaćeno u tekstu *Nacrta*.

Potom se u čl. 1290. propisuje da ugovor može biti prekinut istekom roka na koji je zaključen, otkazom jedne od ugovornih strana, kada je ugovor zaključen na neodređeno vreme, poništajem i raskidom u slučaju neispunjenja obaveza jedne od ugovornih strana, a koje ugovor predviđa kao uslov za jednostrani raskid. Regulisano je i pitanje posledice prestanka ugovora u čl. 1294. koji obavezuje korisnika franšize da jednu godinu nakon prestanka ugovora poštuje zabranu post-ugovorne konkurencije, da prestane da u pravnom prometu koristi prava intelektualne svojine davaoca franšize i preneti ovlašćenja, kao i da vrati sva dokumenta koja sadrže *know-how* davaoca franšize, opremu i podatke vezane za franšizni sistem.

Međutim, kada je u pitanju ugovor o master franšizingu, značajno je što je zakonodavac pružio odgovor na delikatno pitanje kako će se njegov prestanak odraziti na pravnu sudbinu ugovora o pod-franšizingu. Pored toga, pitanje koje može biti sporno je i kako će se regulisati ugovorni odnos ukoliko rokovi trajanja jediničnih ugovora ističu posle isteka ugovora o master franšizingu ukoliko ne bude obnovljen ili bude prekinut pre roka. U tom smislu, čl. 1266. st. 1. *Nacrta* predviđa da trajanje ugovora o pod-franšizingu ne može biti određeno na duži rok nego što je određeno trajanje ugovora o franšizingu, čime je onemogu-

ćen davalac pod-franšize da zaljuči jedinični ugovor sa korisnikom pod-franšize koji nije usklađen sa rokom trajanja ugovora o master franšizi. Takođe, na pitanje pravne sudbine ugovora o pod-franšizingu u slučaju ništavosti, raskida i prestanka ugovora o franšizingu st. 2. istog člana predviđa ništavost, raskid i prestanak ugovora o pod-franšizingu. Konačno, propisano je u st. 3. istog člana da će nakon gašenja master ugovora, ukoliko ugovorne stranene ne predvide drugačije, prava i obaveze davaoca pod-franšize preći na davaoca franšize, koji preuzima ugovornu poziciju prethodnika i odgovornost prema korisniku pod-franšize.

### ZAKLJUČAK

Evolucija franšizinga u poslednjih nekoliko decenija potvrđuje da je prepoznat kao dokazan metod poslovanja, kojima pozitivne implikacije na sve privredne delatnosti, doprinoseći razvoju preduzetništva, naročito u zemljama u razvoju i privredama u tranziciji. Imajući u vidu potrebu za usklađivanjem sa savremenim i dinamičnim poslovnim okruženjem, radna grupa za izradu *Nacrta* je učinila značajan iskorak u pogledu konstituisanja adekvatnog pravnog okvira za jedan od ugovora poslovne prakse koji nije bio poznat u domaćem zakonodavstvu. Na osnovu detaljne analize predloga *Nacrta*, a pre svega njegovog segmenta koji se odnosi na ugovor o master franšizingu, možemo zaključiti da je zakonodavac na jedan sažet i sveobuhvatan način pružio odgovore na sva sporna pitanja koja mogu biti predmet budućih eventualnih sporova, odnosno smernice koje će biti od izuzetnog značaja prilikom konstituisanja ovako kompleksnog pravnog dokumenta.

Uzimajući u obzir sve relevante međunarodne akte, zakonodavac se opredelio da čitav odeljak *Nacrta* posveti ugovoru o master franšizingu, prepoznajući potrebu da se u okviru njegove složene troslojne strukture, identifikuju potencijalni problemi i preciziraju okviri delovanja svake od ugovornih strana. U tom smisluje *Nacrt* detaljno regulisao prava i obaveze davaoca pod-franšize, pitanje pravne prirode odnosa davaoca franšize i korisnika pod-franšize, uredio pravni problem odnosa između ugovora o master franšizingu i ugovora o pod-franšizingu, a koji se odnose pre svega na njihovo trajanje i posledice prestanka ugovora o master franšizingu na ugovor o pod-franšizingu.

Dakle, mišljenja smo da je odluka da se ugovor o franšizingu reguliše normama unutrašnjeg privatnog prava od izuzetnog značaja, imajući u vidu da se na ovaj način postavljaju temelji za razvoj franšiznga koji može da pruži snažan pozitivan stimulans privrednom razvoju zemlje sa ekonomskim i pravnim ambijentom poput naše. Iako je izrada *Nacrta* tek početna faza u složenom postupku

izrade kodifikacije, koja za cilj ima usklađivanje važećeg zakonodavstva u oblasti građanskopravnih odnosa, u bliskoj budućnosti možemo očekivati da će uz manje normativne korekcije ugovor o franšizingu postati deo našeg pravnog sistema. Na ovaj način, obezbediće se daleko sigurnije poslovno okruženje za već postojeće inostrane franšizne sisteme, odnosno podsticaj stvaranju novih domaćih franšiznih mreža, pa i njihovom širenju u zemlji i inostranstvu.

JASNA BUJUKLIĆ MITROVIĆ  
Advisor in Ministry of Justice  
of the Republic of Serbia

MASTER FRANCHISING CONTRACT ACCORDING  
TO THE DRAFT OF THE SERBIAN CIVIL CODE

Summary

Starting from the analysis of the origin, evolution and general characteristics of the franchising institution, the author retains the question of the specific features of the master franchising contract and its legal regulations in our country. In this regard, the paper points out that the draft of the Civil Code of the Republic of Serbia made a significant step forward in the creating of an adequate legal framework for one of the business practice contract that was unknown in domestic legislation. The author concludes that this regulation will provide a much safer business environment for already existing foreign franchising systems, but also give an encouragement for creating new domestic franchise networks, as well as their expansion in the country and abroad.

*Key words:* franchising arrangement, master franchising contract, franchisor, franchisee, sub-franchisee, Draft of Civil Code

MARIJA MIJATOVIĆ

## MOGUĆNOST PRIMENE UNIDROIT NAČELA ZA MEĐUNARODNE TRGOVINSKE UGOVORE PRED MEĐUNARODNOM ARBITRAŽOM

*Nakon početne kritike preovlađujućeg trenda podređivanja međunarodnih ugovora nacionalnom pravu, odnosno “nacionalizacije” prekograničnih transakcija, autor ukazuje na UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore koji se, kao inovativni, nesankcionisani instrument pokazuje odgovarajućim prilikom rešavanja sporova putem arbitraže. Imajući u vidu metodološku korespondentnost ovog soft law instrumenta ideji arbitraže (oba koncepta u osnovi imaju načelo autonomije volje), autor analizira arbitražnu praksu u okviru koje se UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore primenjuju na više načina: kao merodavno ugovorno pravo određeno od strane ugovornih strana ili arbitara, kao izraz opštih pravnih načela, lex mercatoria i sličnih pojmova, kao sredstvo tumačenja i popunjavanja pravnih praznina kod uniformnih instrumenata, te u funkciji ristejtnenata. Takođe, uz pozivanje na predstavnike teorijskih misli koji stvaraju pozitivan diskurs o upotrebnim i naučnim vrednostima ovog dokumenta, autor se pridružuje stavovima prema kojima je neophodno u većoj meri primenjivati UNIDROIT Načela u okviru arbitražnog rešavanja sporova sa međunarodnim elementom.*

*Ključne reči: izbor merodavnog ugovornog prava, međunarodna arbitraža, UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore, meko pravo*

---

Dr Marija Mijatović, docent Fakulteta za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad, Univerzitet Union.

U V O D  
KRITIKA PREOVLAĐUJUĆEG PRINCIPA “NACIONALIZACIJE” UGOVORA  
I SPOROVA KOJI PROIZILAZE IZ PREKOGRAIČNIH  
TRGOVINSKIH TRANSAKCIJA

Na međunarodnom, te regionalnom nivou uporno opstaje praksa prema kojoj su prekogranične poslovne transakcije primarno regulisane nacionalnim pravom i to uprkos sve globalizovanijem društvu i povezanim tržištima. Sa druge strane, kosmopolitska priroda trgovine zahteva promptno stvaranje uniformnog transnacionalnog trgovinskog prava i u okviru toga primarne uniformne regulacije pitanja u vezi sa međunarodnim trgovinskim ugovorima kao “motorima ekonomske globalizacije”.<sup>1</sup> Svakako, razvoj međunarodnog privatnog prava je proteklih decenija obeležen brojnim harmonizacionim projektima pre svega u okviru različitih međunarodnih organizacija čiji su produkti od izuzetnog značaja, poput Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (u daljem tekstu: Bečka konvencija).<sup>2</sup> Ipak, ni takva legislativna dostignuća ne mogu dovoljno da utiču na ustaljenu, konzervativnu, a smatramo u određenim aspektima prevaziđenu rutinu okretanja nacionalnom pravu kao najpodobnijem rešenju za merodavno ugovorno pravo i pravo za slučaj spora kod međunarodnih ugovora. Takva praksa bi, prema našem mišljenju, bila značajno modernizovana ukoliko bi se adekvatnije i frekventnije koristio resurs pojedinih, najuspešnijih *soft law* instrumenata (tzv. meko pravo),<sup>3</sup> kao alternativnih sredstava harmonizacije prava koji, iako ne nastaju u okviru standardnih procesa i nisu “obezbeđeni” formalnom sankcijom poput *hard law* izvora (tzv. tvrdo pravo),<sup>4</sup> izazivaju značajne *de facto* pravne efekte.

<sup>1</sup> Frank Vischer, “The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts”, *European Journal of Law Reform*, br. 3, vol. 1, 1999, str. 203.

<sup>2</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), United Nations Commission on International Trade Law, Vienna, 1980.

<sup>3</sup> *Soft law* predstavlja pravnoj doktrini kontroverzan pojam koji se odnosi na skup neobavezujućih pravila koja se manifestuju u heterogenim oblicima (npr. načela, principi, deklaracije, rezolucije, model zakoni itd), a koji nastaju pre svega u okviru agencija za formulisanje, ali i Evropske unije (u *soft law* kao tercijarne izvore na nivou EU spadaju npr. preporuke i mišljenja; v. Dušanka Đurđev, “Soft law u evropskom komunitarnom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2013, str. 101).

<sup>4</sup> Termin *hard law* (u smislu konvencija na međunarodnom nivou, uredbi i direktiva na nivou EU i npr. zakona na nacionalnom nivou) se pre svega koristi u korelaciji sa terminom *soft law* ne bi li se omogućilo njihovo razlikovanje, pa na taj način i negativno definisanje problematičnog pojma mekog prava.

Imajući u vidu da sporovi koji proizilaze iz prekograničnih transakcija i dalje prevashodno bivaju rešavani u skladu sa nacionalnim propisima određene zemlje, i to ne samo u sudskim, već u nešto manjem obimu i u arbitražnim postupcima, smatramo da je korisno analizirati motive takve tendencije. Naime, osnovne uzroke opisanog stanja potrebno je tražiti kako na strani samih ugovornih strana, tako i na strani nadležnih organa. Pre svega, to su potreba za procesualnim pojednostavljivanjem i ponavljanjem “uigranih” i oprobanih pravnih obrazaca čijom upotrebom se, prema našem mišljenju, neopravdano podrazumeva i postizanje većeg stepena pravne sigurnosti. Faktor koji takođe doprinosi ovakvoj praksi jeste i svojevrsna forma pravničke pasivnosti, odnosno inercije ugovornih strana ali i njihovih pravnih savetnika. Na kraju, čak i određene manjkavosti uniformnih pravnih sredstava, a pre svega njihov kompromisni karakter vode okretanju nacionalnom pravnom sistemu kao pouzdanijoj, jasnijoj, detaljnijoj pravnoj pozadini ugovornog odnosa.

Na primer, ugovorne strane u skladu sa načelom autonomije volje u značajnom procentu slučajeva podvrgavaju svoj ugovor nacionalnoj regulativi jedne ili druge strane, u zavisnosti pre svega od preferenci ekonomski dominantnijeg ugovarača, sa ciljem uštede troškova utvrđivanja stranog prava, te izbegavanja povećane pravne neizvesnosti koja može proizići iz primene “spoljašnjeg” prava.<sup>5</sup> Ipak, strane se mogu opredeliti i za neutralno, ali svejedno nacionalno pravo treće države (npr. englesko pravo ili pravo Švajcarske). Ipak, i ova opcija proizvodi specifične probleme. Naime, izbor neutralnog prava trebalo bi da spreči da jedna strana ima prednost u odnosu na drugu. Međutim, ponekad je pravo treće države više vezano za pravni sistem jedne od strana čime se diskredituje ovaj argument. Nadalje, postoji rizik da se sporazumom o neutralnom pravu bira pravo politički neutralne države, iako pitanje političke neutralnosti nema nikakve veze s tim da li konkretno pravo predviđa uravnoteženu alokaciju ugovornih prava i obaveza. Najzad, izbor neutralnog prava mogao bi se pokazati finansijski najviše iscrpljujućom opcijom jer će obe strane biti opterećene velikim troškovima ispitivanja takvog prava.<sup>6</sup> Svakako, moguće je da strane izbegnu okretanje bilo kom nacionalnom pravu, odnosno spoljnom izvoru kroz iscrpno ugovorno uređenje prava i obaveza. Ipak, osim činjenice da se pri tome strane često susreću s značajnim teškoćama koje proizilaze iz jezičkih barijera i nepostojanja međunarodno jedinstvene pravne terminologije; u slučaju spora, čak i kod takvih navodno samoregu-

---

<sup>5</sup> Christiana Fountoulakis, “The Parties’ Choice of ‘Neutral Law’ in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, br. 3/4, vol. 7, 2006, str. 304.

<sup>6</sup> *Ibidem*, str. 329.

latorskih ugovora ili *contrats sans loi* neophodan je opšti pravni okvir na koji bi se ugovor mogao osloniti zarad njegovog pravilnog tumačenja i primene.<sup>7</sup>

Sa druge strane, prilikom donošenja odluke povodom datog spora nadležni organ (sudija ili arbitar) po pravilu preferira da primenjuje pravo s kojim je najbolje upoznat, što je po prirodi stvari - nacionalno pravo. Stoga će, u slučaju sukoba zakona i pojave pravnog odnosa koji je karakterističan po prisustvu inostranog elemeta, te po "susretanju" dva ili više različitih sistema međunarodnog privatnog prava, u okviru svojih ingerencija nadležnog organa težiti opciji primene domaćeg prava kada ugovorne strane nisu prethodno precizirale *lex contractus*. U teoriji se navodi da je glavni razlog za kontinuiranu dominaciju nacionalnih zakona, odnosno za "nacionalizaciju" prekograničnih transakcija i njihovo podvrgavanje zakonu određene zemlje (kao da su to domaći ugovori) inherentni konzervativizam, zajedno sa provincijalizmom pripadnika pravničke profesije,<sup>8</sup> te da je neophodno u međunarodnim sporovima odlučivati u meritumu kroz međunarodnu perspektivu. Štaviše, tradicionalan pristup podvrgavanja ugovora nacionalnim propisima može se kritikovati iz više razloga.

Naime, nacionalno pravo često se pokazuje neprikladnim za posebne potrebe međunarodne trgovine, ili se nacionalna pravila ne menjaju onom brzinom koja je potrebna ne bi li se išlo u korak sa okolnostima međunarodnog prometa u okviru koga se često i brzo menjaju očekivani obrasci (pravnog) ponašanja (dovoljno je pomenuti legislativne izazove u vezi sa uređenjem novih i mešovitih ugovora, tzv. *smart* ugovora ili regulisanje sistema plaćanja putem kripto valuta). Nadalje, međunarodno privatno pravo kao tehnika koordinacije sistema nije savršeno,<sup>9</sup> dok će i sadržinu konkretnog nacionalnog propisa nekada biti komplikovano utvrditi zbog teškoće pristupa ili rudimentarnog karaktera izvora,<sup>10</sup> ili će se pak teškoće javiti u pogledu upoznavanja, te adekvatnog tumačenja pravila drugog pravnog sistema.

S obzirom na pomenute primedbe koje se tiču "nacionalizacije" međunarodnih trgovinskih ugovora, prema našem mišljenju svakako je najbolja mogućnost regulisanja datog ugovornog odnosa instrumentima izvornog međunarodnog prava. Ovi propisi predstavljaju skup pravila koja postoje na nadnacionalnom

<sup>7</sup> Michael Joachim Bonell, "The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles", *Uniform Law Review*, br. 1, vol. 23, 2018, str. 19.

<sup>8</sup> *Ibidem*, str. 15.

<sup>9</sup> Massimo Benedettelli, "Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts", *Journal of International Arbitration*, br. 6, vol. 33, 2016, str. 653.

<sup>10</sup> Michael Joachim Bonell, "The Unidroit Principles and Transnational Law", *Uniform Law Review*, br. 2, vol. 5, 2000, p. 212.



nivou i koja su odvojena od nacionalnog konteksta, odnosno koji su doneti za međunarodne okolnosti i u cilju unifikacije i harmonizacije prava.

U tom smislu, najznačajniji uniformni instrument jeste Bečka konvencija, koja predstavlja jedan od najšire prihvaćenih projekata harmonizacije prava na globalnom nivou sa čak 91 zemljom u kojoj je ovaj propis ratifikovan, uključujući i Srbiju. Ipak, iako se ovom konvencijom “pokriva” veliki deo svetske trgovine, konvencija predstavlja skup odredbi čije je priroda pre svega kompromisna, što neretko dovodi do potrebe za dodatnim tumačenjem normi, odnosno za popunjavanjem pravnih praznina. Stoga se za Bečku konvenciju iz kritičkog ugla navodi da po određenim stavkama predstavlja sporazum o nepostojanju sporazuma.<sup>11</sup> U skladu sa tim, i pored nespornih uspeha, pojedini teoretičari ukupne rezultate napora na izradi *hard law* uniformnih sredstava međunarodnog trgovinskog prava vide kao razočaravajuće, pa i uzaludne u svetlu analize troškova i koristi,<sup>12</sup> odnosno ističu da izvesni regulatorni instrumenti, poput konvencija, gube na momentumu.<sup>13</sup>

Imajući u vidu navedene izazove u pogledu izbora relevantnog ugovornog prava, cilj ovog rada je da, kao alternativu nacionalnim pravima, te *hard law* uniformnim instrumentima izraženih u Bečkoj konvenciji (kao najreferentnijem primeru), a ponovo u okrilju nadnacionalne opcije ukaže na značaj UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore (u daljem tekstu: UNIDROIT Načela),<sup>14</sup> kao kvalitetne alternative koja je posebno korisna i odgovarajuća u kontekstu upotrebe pred međunarodnom arbitražom. Time se pridružujemo predstavnicima teorijske misli koji “pozivaju” da se napusti trend insistiranja na primeni domaćeg prava u korist rešenja koje obezbeđuje i međunarodno prihvaćeni standard i izvrstan nivo pravne izvesnosti,<sup>15</sup> kao što je to slučaj sa ovim izuzetnim *soft law* ostvarenjem. U nastavku će biti izložene prednosti njihove upotrebe na osnovu analize dosadašnje arbitražne prakse u 25 godina koliko je prošlo od njihovog objavljivanja, kao i argumenti koji idu u prilog promociji njihovog većeg iskorišćavanja, uz preporuku kombinovanja arbitražnog sporazuma sa Model klauzuru-

---

<sup>11</sup> Joseph Loofkofsky, “Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules”, *The American Journal of Comparative Law*, br. 2, 1991, str. 404.

<sup>12</sup> Paul Stephan, “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”, *Virginia Journal of International Law*, br. 39, 1999, str. 743.

<sup>13</sup> Jurgen Basedow, “The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and Its Components”, *Legal Studies*, br. 2, vol. 18, 1998, str. 122

<sup>14</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 20.09.2019.

<sup>15</sup> J. Basedow, “Germany”, *A New Approach to International Commercial Contracts* (ed. M. J. Bonell), London, 1999, str. 147.

lom za upotrebu Načela za međunarodne trgovinske ugovore iz 2013. godine (u daljem tekstu: Model klauzula).<sup>16</sup>

#### O UNIDROIT NAČELIMA ZA MEĐUNARODNE TRGOVINSKE UGOVORE

UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore nastala su u okriju Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (u daljem tekstu: UNIDROIT) i, kako se u teoriji navodi, najznačajniji su *soft law* instrument u oblasti opšteg ugovornog prava.<sup>17</sup> UNIDROIT Načela se sastoje od 211 članova, odnosno se na međunarodne trgovinske ugovore i primenjuje su na sve države sveta. Tekst UNIDROIT Načela je dostupan u engleskoj, francuskoj, nemačkoj, italijanskoj, španskoj varijanti kao zvaničnim jezicima UNIDROIT, ali i na drugim jezicima poput ruskog, arapskog, japanskog, portugalskog itd. Objavljeni su u prvom izdanju 1994. godine, da bi bili dopunjavani 2004. i 2010. godine, te poslednji put u četvrtoj verziji iz 2016. godine. Dakle, s obzirom na to da je proteklo četvrt veka od njihovog objavljivanja, moguće je objektivno sagledati efekte ovakvog propisa, te mogućnosti za njegovu širu primenu u oblasti arbitraže kao jednoj od funkcija UNIDROIT Načela kojoj su autori posvetili značajnu pažnju.

Ipak, pre pogleda na arbitražnu praksu, bitno je ukazati na široko prihvatanje UNIDROIT Načela među predstavnicima teorijske misli koji ih posmatraju kao autoritativni izraz aktuelnog konsenzusa po pitanju pravila po kojima se vode međunarodne trgovinske transakcije, pa i novim *ius commune*.<sup>18</sup> Kao prednost UNIDROIT Načela u odnosu na *hard law* izvore ističe se to što su nastali kao rezultat dugogodišnjeg rada grupe naučnika koji su u istoj učestvovali u privatnom kapacitetu, a ne kao zastupnici stavova država iz kojih dolaze, što ovaj instrument čini proizvodom tzv. *bottom up* metoda harmonizacije prava.<sup>19</sup> Štaviše, navodi se da se radi o fenomenu koji je ugrozio opšte raspostranjen, isključivo iz ugla pojedinih država pozicioniran pristup predstavnika pravne nauke. Ovde se medijacija političkih interesa, svojstvena pravu koje stvaraju države, zamenjuje, baš kao u

<sup>16</sup> Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>, 15.09.2019.

<sup>17</sup> M. J. Bonell, "The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles", str. 15.

<sup>18</sup> M. J. Bonell, "UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the Same Purpose?", *Uniform Law Review*, vol. 2, 1996, str. 245.

<sup>19</sup> Marija Mijatović, "The Currentness of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – Effects of Bottom-up Method of Law Harmonization", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, vol. 52, 2018, str. 323-336.

srednjem veku putem *lex mercatoria*, kulturnom medijacijom pravnih stručnjaka.<sup>20</sup> Nadalje, kako se afirmativno navodi, UNIDROIT Načela predstavljaju nova Digesta,<sup>21</sup> privatnu kodifikaciju i ristejment međunarodnog ugovornog prava,<sup>22</sup> instrument konceptualizovanja svetskog prava trgovaca, te autentičnu novinu među pravnim instrumentima koji se primenjuju na međunarodne trgovinske ugovore.<sup>23</sup> Značajan su korak napred u procesu globalizacije pravničke misli,<sup>24</sup> a Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo – UNCITRAL je formalno promovisala i preporučila primenu UNIDROIT Načela. U stavovima doktrine se ističe i da UNIDROIT Načela predstavljaju nesankcionisanu kodifikaciju visokog kvaliteta i homogenog sadržaja, a koja u mnogim aspektima nadilazi kvalitet tradicionalnih nacionalnih propisa.<sup>25</sup> UNIDROIT Načela predstavljaju praksom potvrđen most između *civil law* i *common law* sistema<sup>26</sup>, a i kroz prizmu praktičara radi se o sofisticiranom instrumentu, odnosno o inovativnom propisu kao alatu za izradu prekograničnih ugovora i rešavanje sporova na neutralnoj osnovi.<sup>27</sup>

Ipak, iako postoji ovako kategoričan vid pozitivnog diskursa kada se radi o UNIDROIT Načelima, njihova “podrška” i promocija na teorijskom nivou ne parira još uvek realnosti njihove primene u praksi. Istina je da se primenjuju na sve načine koji su bili predviđeni prilikom njihovog stvaranja (pa i u funkciji ristejmenta koja prvobitno nije proklamovana), ali ipak ipak nisu primenjivani u dovoljnom obimu što njihov potencijal čini neiskorišćenim. U okviru daljeg izlaganja, biće izneta razmatranja o tome na koji su način UNIDROIT Načela korespondentna međunarodnoj arbitraži.

---

<sup>20</sup> Fabrizio Marrella, “Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, br. 36, 2003, str. 1141.

<sup>21</sup> *Ibidem*, str. 1137.

<sup>22</sup> M. J. Bonell, “The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles”, str. 20.

<sup>23</sup> Roy Goode, “Rule, Practice, and Pragmatism in Commercial Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, br. 3, vol. 54, 2005, str. 553.

<sup>24</sup> Joseph Perillo, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review”, *Fordham Law Review*, vol. 43, 1994, str. 318.

<sup>25</sup> F. Vischer, nav. članak, str. 203.

<sup>26</sup> Eckart Brodermann, The Future for Cross Border Contracts: In Combination with Arbitration Clauses, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Provide a Practice – Proven Bridge Between Common and Civil Law, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/25/future-cross-border-contracts-combination-arbitration-clauses-unidroit-principles-international-commercial-contracts-provide-practice-proven-bridge-common-civil/>, 20.09.2019.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

PRIMENA UNIDROIT NAČELA ZA MEĐUNARODNE TRGOVINSKE UGOVORE  
U MEĐUNARODNOJ ARBITRAŽI

Pre analize pojedinih slučajeva u kojima se pred arbitražom primenjuju UNIDROIT Načela, ispitaćemo osnovanost primene ovog instrumenta kao *soft law* sredstva. Naime, *soft law* propisi se pred arbitražama mogu koristiti na dva načina. U prvom slučaju kod *lex arbitri*, odnosno kod primene pravila koja se tiču arbitražne procedure – procesnog *soft law*.<sup>28</sup> Međutim, kada se radi o materijalnom merodavnom pravu, pravni diskurs o upotrebi *soft law* akata je nešto drugačiji. Arbitri u međunarodnoj arbitraži imaju veću slobodu prilikom izbora merodavnog prava u poređenju sa sudijama koje ograničava *lex fori*, te okretanje odredbama međunarodnog privatnog prava.<sup>29</sup> Naime, sama priroda međunarodne arbitraže kao vansudskog postupka transnacionalne prirode vodi i tome da veoma često sedište arbitraže nije povezano sa samim sporom (štaviše, ono ne mora biti ni određeno ili može biti neutralno u pogledu i stranki i samog spora).<sup>30</sup> Zbog toga nije retko da se u teoriji ističe da međunarodna arbitraža ni nema *lex fori*,<sup>31</sup> odnosno da nije “usidrena” u određenoj zemlji već svoju pravnu snagu crpi od samih stranaka, a ne od vlasti države u kojoj se nalazi.<sup>32</sup> Prema našem mišljenju, posledično bi bilo adekvatno u arbitražnim postupcima u meritumu odlučivati na osnovu instrumenta koji nije povezan s jednim nacionalnim pravom, već je svojevrsni konglomerat najboljeg iz raznih sistema – UNIDROIT Načela.

Takođe, s obzirom na to da je poveravanje konkretnog spora arbitraži stvar samih ugovornih strana, i to stvar uže orijentisane, neposrednije prirode, kojom se na osnovu autonomije volje ugovorni odnos izmešta iz očekivane, pretpostavljene sudske nadležnosti, upravo smatramo odgovarajućim promovisanje šire upotrebe UNIDROIT Načela u kontekstu arbitraže. Smatramo da je na ovom mestu adekvatno izložiti postavku prema kojoj se na tri para suprotstavljenih pojmova (koji su za potrebe ovog rada krajnje pojednostavljeni) može gledati kao na

<sup>28</sup> Npr. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration and the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, <https://www.ibanet.org/> 15.09.2019.

<sup>29</sup> Johan Erauw, Maud Piers, “The Law Applicable to the Substantive Rights in Arbitration under European Regulations and Draft Regulations”, *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium*, Brussels, Bruylant, 2005, str. 175–200;

<sup>30</sup> Anibal Sabater, “When Arbitration Begins without a Seat”, *Journal of International Arbitration*, br. 5, vol. 27, 2010, str. 443.

<sup>31</sup> Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, 429.

<sup>32</sup> Maud Piers, Johan Erauw, “Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Arbitration”, *Journal of Private International Law*, br. 3, vol. 8, 2012, str. 447.

uporedive korelacije. U tom smislu ukazujemo na: 1) sudove i arbitraže (kao tradicionalne nosioce jedne vrste vlasti unutar države i s druge strane alternativne sisteme rešavanje sporova); 2) *hard law* i *soft law* (kao konzervativne, "proverene", sankcionisane propise poput konvencija ili zakona i inovativne, formalno nesankcionisane akte poput načela ili vodiča); 3) Bečku konvenciju i UNIDROIT Načela (kao izuzetno *hard law* harmonizaciono ostvarenje na internacionalnom planu koje je ipak ograničeno kompromisnim karakterom i analognog, *soft law* propisa koji isključivo kvalitetom svojih rešenja, te autoritetom svojih autora utire put modernom formulisanju međunarodne legislativne politike). Ta analogija može biti korisna za bolje razumevanje i smeštanje u pravni kontekst UNIDROIT Načela, ali i za formulisanje argumenata za njihovu širu upotrebu. Pre svega, smatramo da je polje za njihovu primarnu upotrebu: 1) u onom prostoru u kome pojedina nacionalna prava na međunarodnoj "pozornici" pokazuju nedostatke i nekompatibilnost sa prirodom ugovora sa inostranim elementom ili arbitražom kao vansudskim vidom rešavanja sporova, i 2) u onom prostoru u kome su Bečka konvencija i ostali *hard law* izvori ograničeni potrebama za daljim tumačenjem ili dopunom sopstvenih odredbi.

U pogledu pravnog osnova za primenu UNIDROIT Načela kao instrumenta mekog prava, danas je prema zakonima mnogih zemalja koje su kao uzor imale Model zakon UNCITRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1985. godine, omogućeno da stranke izaberu "pravna pravila", a ne samo "pravo" neke države. Upotrebljena terminologija je značajna jer obezbeđuje tribunalu opciju da se opredeli za kako se navodi "pravo nekoliko nacija, međunarodne pravne principe, pravila trgovinskih običaja".<sup>33</sup> Razlog ovakvoj formulaciji je bio taj da se učini transparentnim da se sloboda izbora više ne tiče samo pojedinih nacionalnih prava već se odnosi i na pravila transnacionalnog i anacionalnog tipa. Pomenuti Model zakon UNCITRAL-a je osnov za više od 40 zakona o arbitraži širom sveta (čak i u Engleskoj koju karakteriše rigidan legalistički režim arbitraže), te za Pravila Međunarodne trgovinske arbitraže pri Međunarodnoj trgovinskoj komori u Parizu<sup>34</sup>, a ispraćen je i u Srbiji Zakonom o arbitraži<sup>35</sup> i Pravilnikom o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije.<sup>36</sup> Na osnovu rečenog, nema sumnje da je moguće primenjivati UNIDROIT Načela pred arbitražnim tribunalima

---

<sup>33</sup> Doug Jones, "Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive rights of the parties", *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 26, 2014, str. 913.

<sup>34</sup> Rules of Arbitration, *International Chamber of Commerce*, čl. 17, st. 1.

<sup>35</sup> Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, čl. 50.

<sup>36</sup> Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2016, čl. 42, st. 1.

u svojstvu izabranih “pravnih pravila” i to ne samo u pogledu, na primer, tumačenja ugovora ili izvršenja odnosno neizvršenja već i pitanja nastanka i punovažnosti ugovora, itd.

PRIMENA UNIDROIT NAČELA ZA MEĐUNARODNE TRGOVINSKE UGOVORE  
PREMA ZABELEŽENOJ ARBITRAŽNOJ PRAKSI

Podaci o primeni UNIDROIT Načela pred arbitražama na najažurniji i naj-sveobuhvatniji način su sistematizovani u okviru baze Unilex-a, dok se korisnim izvorom i pokazateljem smatraju i Bilteni Međunarodne trgovinske komore. Ipak, usled same prirode arbitraže, te čestog ugovaranja poverljivosti izvesno je da je broj slučajeva u kojima se ovaj *soft law* propis koristi mnogo veći od registrovanog. Moguće je ukazati na nekoliko situacija u kojima se beleži primena UNIDROIT Načela pred međunarodnim arbitražama.

*Primena UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore  
prema izričitom izboru strana ili ukoliko je nemoguće utvrditi  
merodavno pravo i pravila merodavnog prava*

Opcija prema kojoj se ugovorne strane unapred odluče za UNIDROIT Načela kao pravila koja se primenjuju u slučaju spora, svakako je optimalna, i to uz upotrebu Model kluzula objavljenih 2013. godine. Naime, time se u okviru podvrgavanja ugovora autonomiji volje samih ugovornih strana izbegava bilo kakva nedoumica u vezi sa opravdanošću primene UNIDROIT Načela. Preambulom UNIDROIT Načela<sup>37</sup> se preporučuje strankama koje ih izaberu kao merodavna pravila da kombinuju takav izbor sa istovremenim arbitražnim sporazumom,<sup>38</sup> ali je moguće podrediti ugovor UNIDROIT Načelima i u kasnijim fazama.<sup>39</sup> Moguće je navesti ih kao isključiva merodavna pravila,<sup>40</sup> ili upariti sa nekim nacionalnim

---

<sup>37</sup> UNIDROIT Načela, Preambula, paragraf 2.

<sup>38</sup> Npr. u slučajevima: Arbitral Award PCA, 2009; Arbitral Award Centro de Arbitraje de México (CAM), 30 November 2006, <http://www.unilex.info/principles/cases/article/all>, 10.09.2019.

<sup>39</sup> Npr. u slučajevima: Arbitral Award Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, 25 January 2002; Arbitral Award ICC 11174, 2002; <http://www.unilex.info/principles/cases/article/all>, 10.09.2019.

<sup>40</sup> Npr. u slučaju Arbitral Award International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation 116, 20 January 1997, <http://www.unilex.info/principles/case/623>, 10.09.2019.

pravom.<sup>41</sup> Prema podacima UNILEX-a, ugovorne strane su se pred arbitražnim tribunalima izričito pozivale na primenu UNIDROIT Načela u 25 slučajeva.<sup>42</sup> Takođe, u slučajevima kada nije moguće utvrditi koje je pravo merodavno, arbitri se mogu odlučiti za primenu UNIDROIT Načela.<sup>43</sup>

*Primena UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore  
ukoliko su ugovorne strane podvrgle ugovor opštim pravnim načelima,  
lex mercatoria i sličnim pojmovima*

Preambula predviđa i ovu “impliciranu” mogućnost primene UNIDROIT Načela<sup>44</sup> za slučaj da stranke npr. ne mogu da postignu dogovor o merodavnom pravu, te “delegiraju” svoj ugovorni odnos navedenim opštim konceptima. Ipak, kako se preporučuje, da bi se izbegla ili bar znatno smanjila neizvesnost koja prati upotrebu takvih prilično nejasnih pojmova, bilo bi preporučljivo izričito se opredeliti ka sistematskom i jasno definisanom skupu pravila – UNIDROIT Načelima.<sup>45</sup> Konkretno pitanje mogu li se UNIDROIT Načela smatrati adekvatnim izrazom ovih krajnje uopštenih pojmova veoma je kontroverzno. Svakako, na dogmatskom planu ovakva postavka predstavlja teorijski izazov s obzirom na to nema saglasnosti o tome šta npr. predstavlja savremeno *lex mercatoria*, a još manje koliko je takvom pojmu, koji se naziva i “Vavilonom svih pravnih dilema”,<sup>46</sup> korespondentan jedan *soft law* propis. Ipak, ukoliko se pragmatični razlozi za korišćenje instrumenata transnacionalnog trgovinskog prava - kakva su UNIDROIT Načela - favorizuju nad teorijski postavljenim rezervama,<sup>47</sup> postoji opravdanje za ovakvu njihovu funkciju. Naime, na taj način se znatno smanjuje

---

<sup>41</sup> Npr. u slučaju: Arbitral Award Ad Hoc Arbitrage, 21 April 1997, <http://www.unilex.info/principles/case/651>, 10.09.2019.

<sup>42</sup> Npr. u slučaju Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukrainian Chamber of Commerce and Trade, 22. December 2004, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1099>, 10.09.2019.

<sup>43</sup> Npr. u slučajevima: Arbitral Award ICC 9875, 1999, Arbitral Award ICC 10385, 2002, ICC International Court of Arbitration no. 11265, 2003, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1416>, 10.09.2019.

<sup>44</sup> M. Piers, J. Erauw, nav. članak, str. 452.

<sup>45</sup> UNIDROIT Načela, Preambula, paragraf 3.

<sup>46</sup> F. Marrella, nav. članak, str. 1137.

<sup>47</sup> Klaus Peter Berger, “The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration – Selected Results from the First Worldwide Survey on the Practice of Transnational Commercial Law”, *ASA Bulletin*, 2000, str. 667.

neizvesnost povodom određivanja širokih, nepreciznih i fluidnih pojmova jednostavnim upućivanjem na jedan, praktičan i akademski opravdan propis.<sup>48</sup> U svakom slučaju, praksa koju sprovode arbitri je značajan pokazatelj o tome u kojoj meri ovaj akt mekog prava poslovna zajednica prihvata kao manifestaciju svojih opštih principa. Prema podacima UNILEX-a, UNIDROIT Načela su kao izraz *lex mercatoria* korišćeni osam puta pred arbitražama.<sup>49</sup> Štaviše, primenjeni su u različitim slučajevima kao odgovori na formulacije poput “međunarodno pravo”,<sup>50</sup> “opšta pravila i principi koji uživaju širok međunarodni konsenzus”<sup>51</sup>, “opšta pravila principa međunarodnog trgovinskog prava”<sup>52</sup> Nadalje, jednostavno pozivaju se u dva slučaja na “anglosaksonske principe prava”,<sup>53</sup> te na “evropsko pravo”<sup>54</sup> rezultiralo je primenom UNIDROIT Načela.

*Primena UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore  
kao sredstva za tumačenje i dopunu međunarodnih uniformnih propisa*

Supsidijerna funkcija predviđena Preambulom UNIDROIT Načela<sup>55</sup> nije sporna kada ih stranke ugovore kao dopunske instrumente.<sup>56</sup> UNIDROIT Načela će u ovoj funkciji najčešće biti korišćena pred arbitražama u cilju tumačenja i popunjavanja pravnih praznina u Bečkoj konvenciji (u ovom smislu najrelevantnije su odredbe o *hardship*, *rebus sic stantibus*, utvrđivanju kamatnih stopa).<sup>57</sup> Zabeleženo je više od 30 ovakvih slučajeva pred arbitražama, od čega je čak 10 bilo

<sup>48</sup> J. Lookofsky, “Denmark”, *A New Approach to International Commercial Contracts*, (ed. M. J. Bonell), London, 1999, str. 71-77.

<sup>49</sup> Npr. u slučajevima: Ad hoc arbitration, San José, Costa Rica, 30. April 2001, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1100>, Arbitral Award of the International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 5. November 2002, <http://www.unilex.info/principles/case/857>, 12.09.2019.

<sup>50</sup> Arbitral Award ICC 12111, 2003, <http://www.unilex.info/principles/case/956>, 12.09.2019.

<sup>51</sup> Arbitral Award ICC 7110, 1995, <http://www.unilex.info/principles/case/713>, 12.09.2019.

<sup>52</sup> Court of International Commercial Arbitration of the Romanian Chamber of Commerce and Industry, no. 261, 29. September 2005, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1789>, 20.09.2019.

<sup>53</sup> Arbitral Award LCIA, 1995, <http://www.unilex.info/principles/case/712>, 12.09.2019.

<sup>54</sup> Arbitral Award ICC 12123, 2003, <http://www.unilex.info/principles/case/1428> 12.09.2019.

<sup>55</sup> UNIDROIT Načela, Preambula, paragraf 5.

<sup>56</sup> Kao npr. u slučaju ICC International Court of Arbitration no. 12460, 2004 <http://www.unilex.info/principles/case/1411>, 20.09.2015.

<sup>57</sup> Jelena Vilus, “Načela međunarodnih trgovinskih ugovora”, *Pravni život*, br. 11, 1998, str. 415.



pred Međunarodnim arbitražnim sudom pri Trgovinskoj komori Ruske federacije. Na primer, UNIDROIT Načela su u sporu povodom ugovora podvrgnutih Bečkoj konvenciji korišćena kao dokaz postojanja međunarodne prakse povodom plaćanja penala usled docnje s isplatom cene (što je materija nepokrivena Bečkom konvencijom).<sup>58</sup> Ipak, sa teorijskog aspekta diskutabilna je opravdanost ovakve primene UNIDROIT Načela u odnosu na Bečku konvenciju koja je nastala pre donošenja ovog *soft law* akta. S druge strane postoje i entuzijasti koji opravdavaju ovakvu namenu UNIDROIT Načela,<sup>59</sup> kojima se, još jednom, iz pre svega pragmatičnih razloga pridružujemo. Štaviše, pored funkcionalnog korespondiranja UNIDROIT Načela Bečkoj konvenciji (a potreba za dodatnim tumačenjem i popunjavanjem pravnih praznina kod ovog instrumenta jeste česta), postoji i metodološka i ideološka korelacija koju ne bi trebalo prevideti. Naime, UNIDROIT Načelima Bečka konvencija je bila jedan od osnovnih izvora pravne inspiracije, pa su i nedostaci iste bili u fokusu radne grupe koja je pokušala da kao odgovor na date izazove pruži rešenje u vidu *soft law* instrumenta koji će se primenjivati na osnovu snage svojih argumenata. Arbitražna praksa implicira da među arbitrima postoji volja da upotrebe ovaj propis na obrazložen način i to čak kao podrazumevano sredstvo interpretacije.<sup>60</sup>

#### *Primena UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore u funkciji ristejmenta*

UNIDROIT Načela mogu vršiti ulogu ristejmenta u kontekstu tumačenja i popunjavanja nacionalnog prava koje je merodavno za ugovor. Formulacije kojima se arbitri upućuju na upotrebu UNIDROIT Načela u značajnoj meri se razlikuju. Na primer: ponekad se bez daljeg razjašnjavanja samo izjasne referencom na njih,<sup>61</sup> ili upućuju "ukoliko je potrebno (rusko) pravo dopuniti, neka se to uči-

---

<sup>58</sup> International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, no. 229/1996, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=669>. Slično: International Court of Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of the Republic of Belarus, 30.05.2000, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1391>, 12.09.2019

<sup>59</sup> M. J. Bonell, nav. članak (2018), str. 34.

<sup>60</sup> Npr. u jednom slučaju arbitri se izjašnjavaju da će "aplicirati Bečku konvenciju i opšte principe koji su sada sadržani u UNIDROIT Načelima" (ICC Award No. 8817 of December 1997, *International Court of Arbitration Bulletin*, str. 75-78). Slično: ICC Award No. 9117 of March 1998, *International Court of Arbitration Bulletin*, str. 96-101.

<sup>61</sup> Cf. ICC Award No. 8331 of 1996, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, br. 2, vol. 10, 1999, str. 65-68.

ni putem UNIDROIT Načela”.<sup>62</sup> Ova funkcija UNIDROIT Načela nije eksplicitno bila navedena u prvoj verziji ali se iskristalisala u praksi, pa i postala jedna od najzastupljenijih. Naime, navodi se da “UNIDROIT Načela mogu biti od koristi za tumačenje, dopunu nacionalnog prava izabranog od strane ugovornih strana-ka jer se između ostalog pojedina nacionalna pravila mogu pokazati previše rigidnim za međunarodne ugovore”.<sup>63</sup> Iznosi se da bi upotreba UNIDROIT Načela na ovaj način pomogla u prevazilaženju praznina koje postoje između domaćih pravnih sistema i *lex mercatoria*.<sup>64</sup> Bez sumnje je značajan pokazatelj to što je kod čak 190 slučajeva (što arbitražnih, što sudskih)<sup>65</sup> registrovanih o upotrebi UNIDROIT Načela njihova namena bila upravo ta da predstavljaju meru kojom se dopunjuje i tumači domaće pravo ili se potvrđuje da je rešenje nacionalnog prava u skladu sa međunarodnim standardima na osnovu kriterijuma iskazanih u UNIDROIT Načelima.<sup>66</sup>

#### ZAKLJUČAK

Na međunarodnom, te regionalnom nivou uporno opstaje praksa “nacionalizacije” međunarodnih trgovinskih ugovora prema kojoj se, povodom arbitražnog rešavanja spora proisteklog iz ugovornog odnosa sa inostranim elementom u meritumu rešava putem primene pojedinog nacionalnog prava (što može biti rezultat prethodnog izbora ugovornih strana ili naknadne odluke arbitra). Ipak, primena nacionalnog prava u međunarodnom kontekstu nije bez svojih nedostataka, pogotovo pred arbitražama gde arbitri imaju veći izbor u odnosu na sudije u pogledu odabira merodavnog prava. Data praksa bi prema našem mišljenju bila značajno modernizovana ukoliko bi se adekvatnije, te frekventnije koristio resurs UNIDROIT Načela za međunarodne trgovinske ugovore kao izuzetnog *soft law* instrumenata. Smatramo da je polje za primarnu upotrebu UNIDROIT Načela:

<sup>62</sup> Cf. Award No. 116, 20 January 1997, the International Arbitration Court of Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, prema M. J. Bonell, nav. delo (1997), str. 252-253.

<sup>63</sup> Aymara Boggiano, “La Convention interamericane sur la loi applicable aux contracts internationaux et les Principes d’Unidroit, *Uniform Law Review*, br. 2, vol. 1, 1996, str. 219-226.

<sup>64</sup> K. P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London, 1999, str. 184.

<sup>65</sup> Npr. u slučajevima: ICC International Court of Arbitration - Brussels no. 8240, 1995, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=629>; ICC International Court of Arbitration, Rome no. 5835, 1996, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=654>; Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic, no. Rsp 88/94, 1996, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=632>; 10.09.2019.

<sup>66</sup> Postoji više od 40 ovakvih arbitražnih slučajeva u bazi Unilex-a.

1) u onom prostoru u kome pojedina nacionalna prava na međunarodnoj “pozornici” pokazuju nedostatke i nekompatibilnost sa prirodom ugovora sa inostranim elementom ili arbitražom kao vansudskim vidom rešavanja sporova, i 2) u onom prostoru u kome su Bečka konvencija i ostali *hard law* uniformni izvori ograničeni potrebama za daljim tumačenjem ili dopunom sopstvenih odredbi.

Takođe, imajući u vidu korelaciju instituta međunarodne arbitraže i *soft law* izvora kao koncepata zasnovanih na načelu autonomije volje, te uzimajući u obzir izazove u pogledu izbora relevantnog ugovornog prava, preporučujemo obimniju upotrebu UNIDROIT Načela koja se, u dosadašnjoj arbitražnoj praksi dugoj četvrt veka, uspešno koriste kao: merodavno ugovorno pravo određeno od strane ugovornih strana ili arbitara, kao izraz opštih pravnih načela, *lex mercatoria* i sličnih pojmova, kao sredstvo tumačenja i popunjavanja pravnih praznina kod uniformnih instrumenata, te u funkciji ristejtnenata. Time se pridružujemo predstavnicima teorijske misli koji “pozivaju” da se napusti trend insistiranja na primeni domaćeg prava u korist rešenja koje obezbeđuje i međunarodno prihvaćeni standard i visok nivo pravne izvesnosti, kao što je to slučaj sa ovim *soft law* ostvarenjem čije je upotrebne vrednosti u svetlu njihovih potencijala potrebno dodatno promovisati.

MARIJA MIJATOVIĆ, Ph.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
and Business Studies dr Lazar Vrkatić, Novi Sad

## POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

### Summary

After the initial criticism of the prevailing trend of subordination of international contracts to national law, that is, the “nationalization” of cross-border transactions, the author points out to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts which, as an innovative, non-sanctioned instrument, proves to be appropriate for arbitration form of dispute resolution. Taking into account the methodological correspondence of this soft law instrument to the idea of arbitration (both concepts have the principle of autonomy of will at its basic), the author analyzes the arbitration practice in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are used in several ways: as the applicable contract law determined by the contracting parties or arbitrators, as an expression of general principles of law, *lex mercatoria* and similar terms, as a means of in-

terpreting and filling in the legal gaps in uniform instruments, and in the function of restatement. Also, by referring to the representatives of theoretical thoughts that create a positive discourse on the useful and scientific values of this regulation, the author joins the positions according to which it is necessary to use the potentials of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts within the arbitration method of settlement of disputes with an international element to a greater extent than hitherto recorded.

*Key words:* choice of law governing contract, international arbitration, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, soft law

UROŠ ŽIVKOVIĆ

## UOBIČAJENO BORAVIŠTE U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU SRBIJE

*Predlog izmena Međunarodnog privatnog prava u Srbiji doneo je suštinsku modernizaciju kako sistema koji uređuje materiju merodavnog prava u kolizionom smislu, tako i pravila o zasnivanju međunarodne nadležnosti sudova uvođenjem, između ostalog, i instituta uobičajenog boravišta. Odstupanjem u jednoj meri od prebivališta i državljanstva uvođenjem uobičajenog boravišta kao poveznice i osnova nadležnosti otvara niz pitanja za praktičnu primenu, što predstavlja i predmet ovog rada, sa fokusom na predložene izmene postojećeg pozitivnog prava kroz Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 2014. godine. Autor se bavi sa nekoliko odabranih problemskih pitanja koja se mogu identifikovati u vezi sa definisanjem i primenom koncepta uobičajenog boravišta, dajući preporuke za tumačenje i analizu u budućnosti kada do izmene pozitivnog prava i dođe kroz redovnu zakonodavnu proceduru.*

Ključne reči: *uobičajeno boravište, tačka vezivanja, međunarodna nadležnost, Nacrt ZMPP*

### U V O D

Predlog izmena zakonskog okvira u Međunarodnom privatnom pravu Srbije sada ulazi u petu godinu iščekivanja adekvatne zakonotvorne procedure.<sup>1</sup> Iako

---

Uroš Živković, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Katedra za građansko pravo (Međunarodna privatnopravna naučna oblast). Rad je nastao kao prilog projektu Identitetski preobražaj Srbije za 2019. godinu.

<sup>1</sup> Finalna verzija Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu je u junu 2014. godine predata od strane Radne grupe Ministarstvu pravde RS i ista je 15. jula 2014. godine objavljena

se na nacrtu radilo nekoliko godina kako bi se sveobuhvatna materija privatno-pravnih odnosa sa elementom inostranosti regulisala u skladu sa modernim MPP kodifikacijama u Evropi i svetu, te evropskim zakonodavstvom koje se u materiji u prethodnih 15 godina posebno razvilo, srpski zakonodavac još uvek nije otvorio raspravu o ovom bitnom pitanju. Bez obzira na odsustvo proaktivnosti u donošenju zakona, autor smatra je bitno osvrnuti se na novine koju nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu (u daljem tekstu: Nacrt ZMPP) uvodi a koje predstavljaju značajno odstupanje od trenutno važećeg rešenja koje je na snazi već više od tri decenije od kako je Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja stupio na snagu 1983. godine (u daljem tekstu: ZRSZ). Predmet analize ovog rada predstavlja problem definisanja i primene koncepta uobičajenog boravišta koji se uvodi Nacrtom ZMPP a koji treba da postane primarna poveznica za određivanje merodavnog prava u određenim ličnim, porodičnim i naslednim odnosima kao i osnov nadležnosti sudova ali i drugih organa koji primenjuju zakon, odnosno odlučuju u postupcima koji se tiču spornih privatno-pravnih odnosa sa elementom inostranosti.

Iako koncept uobičajenog boravišta nije u potpunosti nov pojam za pravni sistem Republike Srbije, imajući u vidu važeći režim koji je uspostavljen određenim Haškim konvencijama koje se primenjuju u materiji međunarodnog privatnog prava, ovo bi bilo prvi put da je uobičajeno boravište kao pravni institut postalo deo jednog pozitivnopravnog zakonskog propisa u MPP oblasti.<sup>2</sup> Problematika uvođenja koncepta uobičajenog boravišta leži upravo u činjenici da je za *lex personalis* do sada državljanstvo i prebivalište imalo presudnu kategoričku važnost, odnosno prebivalište (tuženog) igralo ključnu ulogu u zasnivanju opšteg foruma kada je u pitanju međunarodna nadležnost srpskog pravosuđa.

Predloženim novim rešenjima koja usvaja Nacrt ZMPP zakonska regulativa u navedenoj materiji pomera granice dosadašnjeg okvira i suštinski menja osnove sa kojih srpski sudija treba da posmatra određivanje merodavnog prava za lične odnose pojedinaca kao i osnove za zasnivanje opšte međunarodne nadležnosti u sporovima sa inostranim elementom. Iako se može činiti da je institut uobičajenog boravišta poznata kategorija za organe koje primenjuju pozitivno pravo u

---

uz obaveštenje na sajtu Ministarstva: <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>, 27.10.2019.

<sup>2</sup> V. "uobičajeno boravište" u Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece od 25.10.1980. godine, *Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 7/91; "stalno boravište" u Haškoj konvenciji o sukobima zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba od 5.10.1961. godine, *Sl. list FNRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 10/62; "redovno boravište" u Haškoj konvenciji o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima, od 25.10.1980. godine, *Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 4/88.

Srbiji, u uporednoj pravnoj praksi i teoriji otvorila su se različita faktička pitanja koja dovode definisanje uobičajenog boravišta u konkretnim slučajevima do veoma problematičnih rešenja. Jedan broj ovih scenarija moguće je zamisliti i u praksi srpskih sudova odnosno organa koji će primenjivati novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, posebno imajući u vidu prekograničnu razmenu sa bivšim jugoslovenskim republikama, te stranim studentima koji redovno borave na teritoriji Republike Srbije (iako nisu državljani, a često nemaju uredno prijavljeno prebivalište) ali i strancima koji provode u Srbiji više od nekoliko meseci uzastopno sa namerom boravka koja prevazilazi čistu turističku posetu.

Predmet dalje analize rade, stoga, biće definisanje instituta uobičajenog boravišta posebno u svetlu predloženih rešenja iz Nacrta ZMPP kao i situacija koje mogu da se potencijalno jave kao sporne u primeni ove široko prihvaćene poveznice u evropskom zakonodavstvu, uz prethodno poređenje sa trenutnim stanjem stvari koje reguliše važeći ZRSZ (u kontekstu rešenja koja regulišu lične, porodične i naslednopravne odnose sa elementom inostranosti kao i osnov međunarodne nadležnosti).

#### PROBLEM STVARNE POVEZANOSTI TERITORIJE I POJEDINCA

##### *Prevazilaženje klasičnog koncepta državljanstva i domicila*

Određivanje poveznica (tačaka vezivanja u kolizionim normama) koje treba da dovedu do merodavnog prava, kao i osnova nadležnosti jednog pravosuđa u sporovima sa stranim elementom, u modernom međunarodnom privatnom pravu vrši se posredstvom principa najtešnje povezanosti. Taj centar gravitacije jednog privatnopravnog odnosa koji je povezan sa više suverenih teritorija, treba da posluži kao osnov za određivanje povezanosti – koji onda rezultuje adekvatnim rešenjem koje je emanacija ovog principa.<sup>3</sup> Od Lagarda do Foseta, princip najtešnje povezanosti kao opšte pravilo kolizione tehnike danas je skoro pa neprikosnovenno kao polazna tačka u formulisanju pravog rešenja.<sup>4</sup> Međutim, ocena koje okolnosti u kojim slučajevima imaju primat prilikom određivanja najtešnje povezanosti zavisice ne samo od političkog stanja u državi u kojem su pravila done-ta već i od opšteg stanja međunarodne razmene i kretanja pojedinaca u čijim se okvirima zapravo stvaraju privatnopravni odnosi sa stranim elementom.

---

<sup>3</sup> Friedrich Carl von Savigny, *Private International Law: A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*, London, 1869, str. 89–91.

<sup>4</sup> Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé*, Lajden, 1986, str. 9–11; James Fawcett, Jane. M. Carruthers, Peter North, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oksford, 2008, str. 257–260.

Upravo zbog toga, neophodno je posmatrati kontekst donošenja ZRSZ davne 1982. godine kao saveznog zakona stare Jugoslavije koji je imao za cilj ne samo da uvede unifikovani set pravila koja se imaju primenjivati na teritoriji cele države u oblastima privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, određivanju pravila o međunarodnoj nadležnosti i materiji priznanja i izvršenja sudskih i arbitražnih odluka, već nužno mora oslikati i političke ciljeve propisivanja određenih rešenja. Od klasične ideje da postoji u najvećoj mogućoj meri paralelizam između nadležnosti domaćih sudova i primene domaćeg prava, zakonodavac se odlučio da državljanstvu da vodeći značaj kao poveznici za odnose koji se tiču ličnog statusa, porodičnih i naslednopravnih odnosa kao i da domicil (prebivalište) posmatra kao blisku teritorijalnu vezu za potrebe uspostavljanja nadležnosti.<sup>5</sup> Sa raspadom SFRJ, pa i Jugoslavije i državne zajednice SCG, nekada savezni zakon postaje nacionalni izvor prava za Srbiju, bez suštinskih i korenitih izmena u materiji koju reguliše kada su u pitanju privatnopravni odnosi pojedinaca sa elementom inostranosti.<sup>6</sup>

Promene koje su, s druge strane, nastale u prethodne tri decenije su iz korena izmenile političku sliku Srbije i regiona, ali i postavile pitanje da li koncepti državljanstva i domicila imaju isti onaj značaj koji su imali kada je ZRSZ donet, odnosno kada je došlo do raspada federalne države, te kasnije državne zajednice Srbije i Crne Gore. Migracije, raseljavanje i odlazak velikog broja domaćih državljana u inostranstvo na privremeni rad otvorilo je prvi set pitanja u tome da li državljanstvo (ali i prebivalište koje su državljani na radu u inostranstvu zadržavali u Srbiji bez obzira na broj godina provedenih van državne granice) zaista može da zadrži isti značaj prilikom određivanja merodavnog prava. Istorijski posmatrano, konceptualizacija dvostrukog državljanstva nekada je bila zabranjena međunarodnim ugovorima u prvoj polovini XX veka, dok je danas suštinski liberalizovana.<sup>7</sup> Bipatridija i polipatridija nisu samo savremeni egzotični primer za

<sup>5</sup> Maja Stanivuković, "Srpsko međunarodno privatno pravo u vremenu tranzicije: promenjen značaj državljanstva i prebivališta", *Zbornik radova Državljanstvo i međunarodno privatno pravo - Haške konvencije* (urednici Gašo Knežević, Vladimir Pavić), Beograd, 2007, str. 46.

<sup>6</sup> Autor namenski izostavlja po strani izmene koje su nastale donošenjem novog Zakona o arbitraži iz 2006. godine kao i izmene povezanih procesnih zakona koji uređuju materiju parničnog postupka, vanparničnog i izvršnog postupka kao i izmene koje su nastale u vezi sa regulisanjem stranih ulaganja jer iako korenite, nisu direktno povezane za problem koji nastaje kao predmet ovog rada.

<sup>7</sup> V. Randall Hansen, "The Dog that didn't Bark: Dual Nationality in the United Kingdom", *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the US and Europe: The Reinvention of Citizenship* (urednici Randall Hansen, Peter Weil), Bergan, 2002 str. 167-169; David A. Martin, "New Rules of Dual Citizenship", *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the US and Europe: The Reinvention of Citizenship* (urednici R. Hansen, P. Weil), Bergan, 2002, str. 49-51.



predavanje na Univerzitetu već realnost koja svoje posledice stvara bez obzira na potencijalnu retrogradnost rešenja pozitivnog prava koje reguliše materiju međunarodnog privatnog prava.<sup>8</sup> Činjenica je da državljanstvo danas ne predstavlja nužno isti stepen povezanosti između pojedinca i suverene teritorije, kao što je to slučaj bio krajem prošlog veka, što ne znači da je koncept prevaziđen već da zahteva noveliranje i dopunske kriterijume koji će održati ravnotežu.

S druge strane, priznavanje prebivališta licima koja su se odselila devedestih godina prošlog veka iz Srbije i tretiranje istih kao prisutnih na teritoriji je fikcija koja ne reflektuje balans između nadležnosti sudova i teritorijalne povezanosti pojedinca sa državom. Takvo tumačenje je suprotno ne samo klasičnoj teoriji domicila koja zahteva boravak sa namerom za stalno nastanjenje praćen formalnostima registracije<sup>9</sup> već je suprotan polaznoj osnovi propisivanja kolizionog ili jurisdikcionog pravila koje polazi upravo od principa najtešnje povezanosti.

Uz prevazilaženje klasičnog koncepta državljanstva u Evropskoj uniji (*“Francuzi ne žive više nužno samo u Francuskoj”*) činjenicom da je naseljavanje na teritoriji EU dozvoljeno svim državljanima zemalja članica te da granice koje su nekada postojale sada ne nose isti značaj kao i ranije, jasno je da se slika usložnjava, i da je konceptima koji su istorijski imali suštinski značaj za razvoj pravila o određivanju merodavnog prava i uspostavljanja nadležnosti sada neophodna dopuna. Ta neophodnost da se pravila koja postoje modernizuju ili dopune normalan je tok stvari, jer pravo uvek zaostaje u dinamici za svakodnevnim životom.

Kada se slici dodaju i neki moderni primeri globalnog kretanja pojedinaca, kao što je pokret digitalnog nomadizma<sup>10</sup> (kao pojave koja danas zapravo pred-

---

<sup>8</sup> Naravno, i dalje postoje države koje su u modernim kodifikacijama (donetim u prethodnih par godina) ipak zadržale državljanstvo kao primarnu poveznicu kod, na primer, bračnih odnosa, zbog specifičnog nacionalnog interesa, kao što je novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore iz 2013. godine, v. Maja Kostić Mandić, “Osvrt na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore”, *Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, br. 2/2011, Podgorica, 2011, str. 71–73.

<sup>9</sup> Albert Venn Dicey, John H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, Njujork, 1993, str. 18–22; Philip St. John Smart, “Domicile of Choice and Multiple Residence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, br. 10/4, Oksford, 1990, str. 572, 577–578.

<sup>10</sup> Digitalni nomadi kao pojava novog talasa u zapošljavanju ljudi koji rade van kancelarije a često i van vremenske zone poslodavca, kroz proputovanje po svetu deo su digitalne revolucije u kreativnim industrijama koju je niz evropskih i svetskih zemalja prepoznao kao vid širenja ne samo turističke ponude već porasta lokalne ekonomije. Vize za boravak i rad digitalnih nomada dostupne su u Nemačkoj, Estoniji, Norveškoj, Portugalu, Češkoj, kao i zemljama van Evrope kao što su Australija, Tajland i Meksiko. Za definisanje pojma digitalnog nomadstva, v. Caleece Nash, Mohammad Hossein Jarrahi, Will Sutherland, Gabriela Phillips, “Digital Nomads Beyond the Buzzwords: Defining Digital Nomadic Work and Use of Digital Technologies”, *Transforming Digital Worlds* (urednici Gobinda Chowdhury, Julie McLeod, Val Gillet, Peter Willett), Šam, 2018, str. 207 i dalje.

stavlja jedan od rastućih trendova u zapošljavanju u svim industrijama), jasno je da se veza između teritorije jedne države i prebivališta, odnosno državljanstva promenila na način koji više ne može da se lako i uvek ukalupi u format koji je postavljen pre dve ili tri decenije. Koncept globalnog sela oseća se upravo u uslo-  
žnjavanju odnosa koji u sebi nose element inostranosti, a potreba za uniformnom regulacijom određenih pitanja i dovela je do stvaranja evropskog zasebnog poretka u materiji MPP.<sup>11</sup>

Kao odgovor na ove globalne promene, a u okviru sve složenije strukture evropskog zakonodavstva, uobičajeno boravište postaje termin koji polako ali sigurno postaje ustaljen ne samo u materiji poreskog prava i osiguranja (gde je zapravo odomaćen još pre više desetina godina) već i u materiji zaključenja braka, nasleđivanja, uređenja odnosa roditelja i dece a posebno kada navedeni odnosi imaju u sebi element inostranosti.<sup>12</sup> Kao pravilo o nadležnosti ali i kao poveznica za određivanje merodavnog prava, uobičajeno boravište nosi prizvuk familijarnosti ali ne nužno i jasnu definiciju u uporednom pravu. Kada se činjenici doda da su sudovi u EU – iako vezani jasnom tendencijom da iste termine tumače isto bez obzira na okolnosti svakog pojedinačnog slučaja – zapravo razlog zbog kojeg ne postoji singularni koncept uobičajenog boravišta<sup>13</sup>, jasno je da na samom početku možemo identifikovati dva osnovna problema: kako se definiše uobičajeno boravište i da li je svrsishodno koristiti jednu jasnu jezičku definiciju pojma u svim situacijama ili je neophodno ciljno tumačenje termina u zavisnosti od toga u kojoj materiji ga zakonodavac predviđa kao poveznicu ili osnov nadležnosti.

### *Problem opšteg definisanja uobičajenog boravišta*

Iako je u toku pripreme ZRSZ u bivšoj SFRJ bilo reči o inkorporisanju poveznice redovnog (“uobičajenog”) boravišta još od prvih nacрта 1974. godine, finalna verzija koja je bila usaglašena na federalnom i republičkom nivou nije zadržala predlog iz nacрта.<sup>14</sup> Imajući u vidu da je u pitanju pojam koji je bio deo međunarodnih ugovora kojima je SFRJ već prethodno pristupila i koje je ratifikovala<sup>15</sup>, nije u potpunosti jasno zašto je koncept isključen iz konačne, usvojene

<sup>11</sup> Jürgen Basedow, “The Effects of Globalization on Private International Law”, *Legal Aspects of Globalization* (urednici J. Basedow, Toshiyuki Kono), Hag, 2000, str. 2–4.

<sup>12</sup> Pippa Rogerson, “Habitual Residence: The New Domicile?”, *The International & Comparative Law Quarterly*, br. 49/1, Kembridž, 2000, str. 86.

<sup>13</sup> *Ibidem*, str. 88–89.

<sup>14</sup> Krešimir Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 2009, str. 28.

<sup>15</sup> V. *supra* note 2.

verzije.<sup>16</sup> Činjenica je, međutim, da je redovno (“uobičajeno”) boravište suštinski ostalo nedefinisano kao pojam u okviru haških konvencija koji su u primeni i danas u Srbiji, odnosno nedovoljno diferencirano u odnosu na domicil, pa je verovatno to bio jedan od razloga zbog kojih je institut bio isključen iz opšte cirkulacije kao deo ZRSZ.

Iako se u radu Haške konferencije ustalila praksa korišćenja uobičajenog boravišta kao poveznice prilikom određivanja merodavnog prava, definicija je sistemski izostala.<sup>17</sup> Sa izveštajem koji prati donošenje Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice deteta, jasno se navodi da je uobičajeno boravište veoma etabliran koncept u okviru rada Haške konferencije koja ga posmatra isto kao “pitanje čistog fakticiteta i u tom smislu drugačije od domicila”<sup>18</sup>. Sa tim u vezi, postavljanje definicije zaista nije zahvalan posao, mada čini se ipak neophodan kako bi se termin uveo u adekvatnu praktičnu cirkulaciju u srpskom pravosuđu u svetlu izmena koje su predviđene Nacrtom ZMPP.

Situacija, nažalost, nije mnogo bolja ni ukoliko se okrenemo zakonodavstvu Evropske unije u materiji Međunarodnog privatnog prava. Niz instrumenata zaista inkorporiše uobičajeno boravište kao primarnu ili supsidijarnu tačku vezivanja, odnosno osnov nadležnosti.<sup>19</sup> Činjenica je takođe da niti jedan od tih instrumenata ne definiše pojam uobičajenog boravišta. Prethodno dobija dodatno na smislu ako se uzme u obzir stav Evropskog suda pravde u ovom konkretnom pitanju: procena postojanja uobičajenog boravišta suštinski zavisi od konkretnih okolnosti svakog zasebnog slučaja.<sup>20</sup> Ukoliko je držanje Evropskog suda pravde da nacionalni sudovi zemalja članica na taj način treba da pristupe definisanju

---

<sup>16</sup> V. Vilić Bouček, “Uobičajeno boravište u Hrvatskom međunarodnom privatnom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 65(6), Zagreb, 2015, str. 887.

<sup>17</sup> James D. Garbolino, *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*, Vašington, 2015, str. 50–52, dostupno na: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2015/Hague%20Convention%20Guide.pdf>, 28.10.2019.

<sup>18</sup> Eliza Perez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Hag, 1982, para. 66, dostupno na: <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>, 28.10.2019.

<sup>19</sup> V. primera radi Rim II Regulativu, Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *Official Journal of the EU*, br. L. 199/40, odnosno Rim III Regulativu, Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *Official Journal of the EU*, br. L 343/10.

<sup>20</sup> Konačna odluka Evropskog suda pravde u slučaju C-523/07 od 2. aprila 2009. godine, dostupna na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F06D71364865ADD7ECBCB5BAD833B844?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8365164>, 27.10.2019, para. 37.

kruga okolnosti koje će uzeti kao odlučujuće za donošenje odluke, jasno je da ne postoji spremnost organa EU da pristupe uniformnom definisanju pojma.

Šta više, i u stvarima napredne saradnje država članica Evropske unije u materiji MPP, prilikom donošenja Rim III Regulative postojali su predlozi da se pristupi definisanju pojma uobičajenog boravišta te da je nepostojanje definicije zapravo jedan od ključnih nedostataka koji negativno može uticati na saradnju u pitanjima određivanja merodavnog prava za razvod braka<sup>21</sup>, međutim i porred broja primedbi konačna verzija Regulative ostala je bez jasne definicije pojma.

Iako opšta definicija iz perspektive evropskog prava izostaje, nekoliko kriterijuma koji su označeni kao korisni za ocenu postojanja uobičajenog boravišta, izdvojio je još Komitet Ministara Savet Evrope 18. januara 1972. godine u Rezoluciji o standardizaciji pravnog koncepta domicila i boravišta<sup>22</sup> navodeći: 1) da je boravište (pa i redovno, odnosno uobičajeno) nešto što sud mora da odluči na osnovu fakticiteta, bez obzira na činjenicu da li lice ima pravo da boravi na određenoj teritoriji ili ne; 2) ukoliko osoba živi na jednoj teritoriji određeno vreme, sve i ako to prebivanje nije bez prekida smatra se da ima boravište; 3) postojanost i trajanje, kao i druge lične i profesionalne okolnosti koje upućuju na trajniju vezu između osobe i boravišta treba uzeti u obzir prilikom procene da li se nečije boravište ima smatrati uobičajenim; 4) namera da se slobodno zasnjuje i zadrži boravište ne predstavlja pretpostavku za postojanje uobičajenog boravišta, ali ista namera može biti od značaja za utvrđivanje karaktera boravišta; 5) uobičajeno boravište jednog lica ne može zavisiti od boravišta nekog drugog lica.

Zanimljivo je dodati da se u praksi Evropskog suda pravde iskristalisao i stav da, kada je u pitanju uobičajeno boravište, isto se mora utvrditi na osnovu stvarnih okolnosti pojedinog slučaja – što znači da je u pitanju čisto faktičko utvrđivanje pojma – na krilima stava koji zauzima Haška konferencija u analizi primene svojih konvencija. Takođe, vremenski trenutak koji je relevantan za utvrđivanje postojanja uobičajenog boravišta je trenutak nastanka odnosa. Prethodno znači da će se ocena trenutka takođe vršiti u zavisnosti od svrhe uobičajenog boravišta za konkretan privatnopravni odnos sa elementom inostranosti – procesni i materijalnopravni zahtevi imaće drugačije relevantne trenutke.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> V. predlog Austrijskog nacionalnog saveta, potkomitet za EU, od 9. juna 2010. godine, sec. 3, dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/parlements\\_nationaux/com/2010/0105/AT\\_NATIONALRAT\\_CONT1-COM\(2010\)0105\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2010/0105/AT_NATIONALRAT_CONT1-COM(2010)0105_EN.pdf), 27.10.2019.

<sup>22</sup> V. Council of Europe: Committee of Ministers, Resolution (72) on the Standardization of the Legal Concepts of "Domicile" and of "Residence", doneta na 206. zasedanju Ministara, 18. januara 1972. godine, dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/510115e12.html>, 28.10.2019, para. 7–11.

<sup>23</sup> Konkretno, trenutak podnošenja tužbe sudu kada je u pitanju ocena međunarodne nadležnosti eksplicitno je naveden kao relevantan trenutak za ocenu postojanja uobičajenog

Iz svega prethodno navedenog čini se da je značaj uobičajenog boravišta u materiji Međunarodnog privatnog prava EU izuzetno visok, ali da je koncept ostao nedefinisan iz ne baš potpuno jasnih razloga. Praksa je, međutim, potvrdila i izdvojila nekoliko korisnih filtera koji se mogu javiti kao instrumentalno uputstvo za rešavanje određenih pitanja koja se u praksi mogu javiti kao sporna – u zavisnosti, naravno, od činjenica svakog konkretnog slučaja. Ostaje da se u nastavku rada analizira rešenje koje je usvojeno Nacrtom ZMPP i da se deo načela koji je razvijen u uporedno-pravnoj praksi transponuje i usvoji kao koristan dopunski vodič za rešavanje spornih situacija.

#### REGULISANJE UOBIČAJENOG BORAVIŠTA U NACRTU ZMPP

Potreba za usklađivanjem domaćeg zakonodavstva sa pravilima EU u materiji međunarodnog privatnog prava je očekivani korak napred u odnosu na postojeće stanje. Pored opšte obaveze harmonizacije sa pravilima unitarnog prava, radna grupa vodila se osnovnom idejom da je izmena postojećeg pravnog okvira neophodna a da nas u budućnosti svakako čeka primena pravila koja su na snazi u EU pa je logično da jedan deo pravila već bude deo Nacrta ZMPP kako bi se domaći organi i pravosuđe privikli na aktuelne koncepte međunarodnog privatnog prava koji se primenjuju u EU, te da ulazak u Evropsku uniju onda može da predstavlja u budućnosti manji šok za pravni sistem u materiji privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti.

Iskorak koji je napravljen u mnogim segmentima Nacrta ZMPP zaista je impozantan, ali je fokus ovog rada isključivo na konceptualizaciji uobičajenog boravišta u predloženim izmenama postojećeg sistema pravila MPP.

U prvim članovima, odnosno glavi koja se zove “Uvodne odredbe”, radna grupa priredila je dva člana koja regulišu na jedan opšti način domašaj uobičajenog boravišta (fizičkih i pravnih lica). Član 5. Nacrta ZMPP predviđa sledeće:

*“1. Pod uobičajenim boravištem fizičkog lica podrazumeva se mesto u kome lice uobičajeno boravi duže vreme bez obzira na nameru nastanjenja i nezavisno od upisa u evidenciju nadležnog organa ili dozvole boravka ili nastanjenja.*

*2. U cilju određivanja uobičajenog boravišta u smislu stava 1 ovog člana, posebno se uzimaju u obzir okolnosti lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa ovim mestom ili na nameru da se takve veze zasnuju.*

---

boravišta. V. Konačnu odluku Evropskog suda pravde u slučaju C-497/1 od 22. decembra 2010. godine, dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIdex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8432211>, 27.10.2019, para. 41–42.

3. Uobičajenim boravištem fizičkog lica koje obavlja privrednu delatnost smatra se država u kojoj se nalazi njegovo glavno mesto poslovanja.”

Član 6. Nacrta ZMPP dopunjuje prethodno pravilo za fizička lica sa sledećom odredbom koja reguliše uobičajeno boravište pravnih lica:

“Pod uobičajenim boravištem pravnog lica ili organizacije bez svojstva pravnog lica smatra se mesto njegove glavne uprave u trenutku zaključenja ugovora.”<sup>24</sup>

Za početak, radna grupa koja je radila na Nacrtu ZMPP pristupila je “nezhvalnom” zadatku predviđanja definicije uobičajenog boravišta za potrebe opšte primene novog zakona. To znači da se fakticitet utvrđuje na isti način bez obzira na to da li se uobičajeno boravište koristi kao poveznica za određivanje merodavnog prava ili kao osnov za zasnivanje nadležnosti domaćih organa. Na prvi pogled, prvi deo čl. 5. definiše objektivni uslov trajnijeg boravka na jednoj teritoriji lica kako bi se utvrdilo uobičajeno boravište *bez obzira* na nameru nastanjenja ili registraciju kod nadležnog organa. Čini se da je postojanje boravka u dužem trajanju dovoljno da se utvrdi postojanje uobičajenog boravišta lica na teritoriji jedne države bez čina formalne registracije i bez utvrđivanja subjektivnog elementa. Da li subjektivni boravak pretpostavlja voljni element ili ne, ne može se jasno zaključiti iz čitanja stava 1. Međutim, već stav 2. istog člana uvodi korekciju sa subjektivnom dopunom obaveze vođenja računa o *posebnim okolnostima lične ili profesionalne prirode*, odnosno *namere za zasnivanje trajnije veze* sa teritorijom jedne države. Iako formulacija može izgledati nejasna na prvi pogled, čini se da uobičajeno boravište ima ipak i subjektivni i objektivni element koje treba ispitati prilikom utvrđivanja postojanja istog. Kada su pitanju lica koja vrše privrednu delatnost, fokus će biti na glavnom mestu poslovanja, odnosno za pravna lica biće mesto glavne uprave u trenutku sklapanja ugovora (što daje i vremensku odrednicu postupajućem organu).

Subjektivni, objektivni i donekle temporalni kriterijum za definisanje uobičajenog boravišta uveden je na jedan opšti način članovima 5. i 6. Nacrta ZMPP. Ono što se čini kao jasno je da je u pitanju faktičko utvrđivanje stanja sa osvrtom na relevantne lične i profesionalne okolnosti koje mogu ili ne moraju dokazivati nameru za ostvarivanjem trajnije veze sa teritorijom jedne države. Ovde je očigledna intencija bila da se odgovornost za procenu prepusti sudijama, od slučaja do slučaja – sa idejom da ove uvodne odredbe služe samo kao smernice za donošenje odluke. Iako je u pitanju logična podela, odnos objektivnog i subjektivnog

<sup>24</sup> Inspiracija za ovakvu formulaciju dolazi iz režima člana 19. Rim I Regulative br. 593/2008 koja reguliše pitanje određivanja merodavnog prava za ugovorne odnose.

elementa nije detaljnije (odnosno jasno) formulisan i može se očekivati da sudija u nekom trenutku naiđe na problem u tumačenju.

Primera radi, zamisliva je situacija u kojoj lice sa jasnom namerom da na teritoriji jedne države više ne boravi, odluči da proda imovinu koju poseduje i odseli se negde drugde. Međutim, pre nego što je uspeo da stigne do države u koju želi da se odseli, a nakon što je prodao svu imovinu, lice dobija srčani napad i umire. Da li bi bilo opravdano za sprskog sudiju da primenjuje pravo države u kojoj lice više nije htelo da boravi, u odsustvu subjektivnog elementa, prilikom odlučivanja o nasleđivanju? Ili, da je lice stiglo do nove teritorije i nastanilo se i posle samo nekoliko dana boravka preminulo, da li bismo mogli da zaključimo da je ispunjen objektivni uslov koji predviđa Nacrt ZMPP? Tekst Nacrta u ovom smislu ostaje poprilično nedorečen, što onda pretpostavlja da će se od postupajućeg sudije očekivati da preseče i odluči da li su uslovi ispunjeni ili ne.

Kada je u pitanju opšta odredba o nadležnosti, zasnivanje opšteg foruma na osnovu čl. 12. i dalje se primarno oslanja na prebivalište tuženog u Republici Srbiji, pa tek supsidijarno na njegovo uobičajeno boravište. Isti odnos prati i nadležnost u vanparničnim stvarima (čl. 16.) dok se u izvršnim stvarima (čl. 17.) procedura pojednostavljuje i nadležnost uspostavlja samo na osnovu uobičajenog boravišta izvršnog dužnika (ili forum imovine kada je predmet izvršenja na teritoriji RS). Nacrt ne predviđa nikakve dopunske kriterijume za definisanje uobičajenog boravišta kod opštih procesnih odredbi – što zapravo znači da za potrebe primene ovih članova koriste definicije prethodno navedenih čl. 5. i 6. Nacrta. Bitna strukturalna izmena u Nacrtu ZMPP u odnosu na trenutnu podelu članova ZRSZ je regulisanje materije prema oblastima – gde se odredbe o posebnoj nadležnosti nalaze u svakom zasebnom odeljku zajedno sa kolizionim normama. Logična raspodela čini snalaženje po Nacrtu veoma jednostavnim, ali i vrlo smislenim jer se segmentiranje koristi i za izdvajanje mikro režima za određene glave.

Tako, za sklapanje braka, Nacrt ZMPP predviđa nadležnost domaćeg organa ako je bar jedan od državljana državljanin Srbije, odnosno ako bar jedan od budućih supružnika ima uobičajeno boravište u RS (čl. 60). I pored toga što se uobičajeno boravište javlja i kao osnov nadležnosti i kao poveznica u nizu bračnih, porodičnih i ličnih odnosa, Nacrt ZMPP na pojedinim mestima autonomno reguliše pojam ili deo pojma uobičajenog boravišta za potrebe primene pravila nekoliko zasebnih glava Zakona. Tako čl. 101. precizira da se posebno uzimaju u obzir sledeće okolnosti prilikom procene da li neko lice ima ili nema uobičajeno boravište za potrebe nasleđivanja: a) stvarna ili nameravana dužina boravka lica u

odnosnoj državi; b) razlozi boravka; v) zakup ili kupovina stambenog prostora u toj državi s namerom da se ona privremeno ili trajno učini domom; g) ostvarivanje pretežnog dela ukupnih primanja (zarade) u toj državi; d) posedovanje imovine u toj državi; đ) izvršavanje poreskih obaveza; e) izjava lica koja može potvrditi nameru o zasnivanju uobičajenog boravišta u odnosnoj državi; dok se sâma izjava lica da će se u nekom kasnijem trenutku vratiti u državu čiji je državljanin nije dovoljna za postojanje uobičajenog boravišta u toj državi. Iako izgleda da je lista sama po sebi korisna, ostaje u određenim aspektima vrednosno neutralna.

Upravo zbog toga, prema mišljenju autora, prethodno navedene specifičnosti trebalo bi posmatrati ne kao isključenje opšteg pravila koje predviđa čl. 5 Nacrta ZMPP već kao suštinsku razradu i dopunu istog, iako je pravilo podvedeno pod kategoriju autonomnog pojma. Ovo posebno imajući u vidu da se u Glavi VII, u materiji ugovornih odnosa, takođe može naći još jedan autonomni pojam uobičajenog boravišta<sup>25</sup> a koji se odnosi samo na pravna lica regulisanjem da će se smatrati da pravno lice ima uobičajeno boravište u državi u kojoj mu se nalazi predstavništvo, zastupništvo ili druga poslovna jedinica, ako je ugovor zaključen u okviru poslovanja predstavništva, zastupništva ili druge poslovne jedinice za potrebe primene pravila iz ove Glave.

Na sličan način se autonomno definiše i uobičajeno boravište pravnih lica za potrebe oblasti vanugovorne odgovornosti (čl. 156, st. 4).<sup>26</sup> Automno određene za posebne kategorije odnosa oslikava razumevanje radne grupe da je nekada neophodno uže profilisanje definicije uobičajenog boravišta kako bi se ispunila svrha propisa na pravi način. Međutim, i dalje je prisutno neadekvatno balansiranje između objektivnog i subjektivnog elementa na koje upućuje opšta odredba iz čl. 5. Nacrta. Dodatno, ne postoji objašnjenje koji je to vremenski period koji se može smatrati dužim boravkom. Primera radi, za studente iz Republike Srbije koji često dolaze samo na nekoliko dana u Srbiju da idu na predavanja – dok ostatak vremena provode kod kuće (s druge strane državne granice) bilo bi veoma komplikovano odrediti centar životnih aktivnosti u periodu univerzitetskog školovanja, te nameru da trajnije borave na teritoriji jedne ili druge države. Slična situacija bi se desila kada bi sud morao da proceni da li postoji uobičajeno boravište stranca na teritoriji Republike Srbije, ukoliko je u pitanju digitalni nomad

<sup>25</sup> V. čl. 19. Rim I Regulative, Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *Official Journal of the EU*, br. 177/6.

<sup>26</sup> Pojmovi u Nacrtu ZMPP su preuzeti prema tekstu čl. 33. Rim II Regulative.



iz Amerike koji je u Srbiji u toku trajanja svoje turističke vize, ali razmišlja da li bi ostajao duže jer mu standard i troškovi života zaista odgovaraju u Beogradu.

Neki autori napominju da je subjektivni domašaj kod domicila značajno bitniji u odnosu na njegov domašaj kod uobičajenog boravišta i da je to *differentia specifica*.<sup>27</sup> S druge strane, namera za boravkom na određenoj teritoriji koja je negde između domicila i običnog boravišta može se učiniti nedovoljno jasno izdiferenciranom kako bi sudija mogao u svakom konkretnom slučaju da jasno proceni da li određeni splet okolnosti može potpasti pod koncept uobičajenog boravišta ili ne. U ovom segmentu i leži zamka definisanja koncepta na način na koji Nacrt ZMPP to radi – sudije imaju osećaj da im je dato dovoljno materijala, ali kada se definicija uporedi sa lako zamislivim problemskim situacijama, ne dolazi se do jednostavnog zaključka o tome šta može biti, a šta nikako nije uobičajeno boravište.

#### ZAKLJUČAK

Čini se da je radna grupa prilikom izrade Nacrta ZMPP ozbiljno shvatila neophodnost bliže razrade koncepta uobičajenog boravišta, postavljanja opšte i nekolicine zasebnih definicija, ali da suština problema – šta treba raditi u graničnim situacijama – i dalje ostaje bez zakonom predviđenog mehanizma preraspodele. Posebno je problematičan odnos objektivnog naspram subjektivnog elementa kao i prevage između dva, a zbog povećane razmene sa nizom različitih kategorija pojedinaca iz bivših republika SFRJ nužno će se javljati situacije koje će zahtevati kreativni napor domaćih sudija da kontekstualizuju uobičajeno boravište i donesu procesnu ili meritornu presudu koja ravnotežu uspostavlja negde na skali odlučivanja. Takvi napori do sada često su imali za posledicu neusaglašenu sudsku praksu i veliki broj presuda koje su oborene na višim instancama – što je inherentni problem srpskog pravosuđa već niz godina.

S druge strane, evidentno je da praksa tumačenja uobičajenog boravišta od strane srpskih sudova i drugih organa tek treba da se razvije, nakon što se donese novi ZMPP, pa može biti od koristi voditi se smernicama do kojih su uporedno-pravno već došli sudovi zemalja članica EU. Ovo prethodno posebno ima smisla ako se uzme u obzir da su brojna rešenja za uobičajeno boravište proistekla direktno iz pravila koja uspostavljaju Regulative EU (konkretno Rim I i Rim II), pa se proces odlučivanja nacionalnih sudova EU može koristiti kao indikator u kom pravcu sudija može otići prilikom utvrđivanja relevantnih okolnosti.

---

<sup>27</sup> Mo Zhang, "Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws", *Maine Law Review*, br. 70/2, Mejn, 2018, str. 179–181.

Dodatno, jedna opšta nit se provlači kako kroz haški konvencijski režim u domaćem pravu koji predviđa uobičajeno boravište tako i kroz Nacrt ZMPP – a to je načelo fakticiteta prilikom procene relevantnih okolnosti u svakom zasebnom slučaju. Postupak za sud je utoliko pojednostavljen što se sudija ne mora baviti ispitivanjem ispunjenosti pravnih uslova, već isključivo analizom onih činjenica koje sam proceni da su od važnosti za spornu situaciju koju rešava. Zamislivo je da će se lakše rešavati slučajevi u kojima sud treba sa sigurnošću da utvrdi postojanje ili odsustvo uobičajenog boravišta na teritoriji Republike Srbije, nego kada u pitanju bude prikupljanje činjenica koja se odnosi na uobičajeno boravište u drugoj državi. U ovim situacijama biće neophodno podmiriti želju suda da primenjuje pravo Republike Srbije kao najpoznatije i da dođe do primene onog stranog prava na koje upućuje koliziona norma koja kao poveznicu sadrži upravo uobičajeno boravište. Uvezano funkcionisanje sa opštom klauzulom odstupanja i primena ostalih novih opštih instituta koji su konačno našli svoje mesto u kodifikaciji otvoriće nizove praktičnih pitanja do kojih nismo ni mogli da dopremo mi saono, odnosno da anticipiramo. Upravo u tome i pronalazimo delić zabave i neizvesnosti koji treba da posluži kao motivacija za dalje istraživanje u temi.

Ako se posmatra sistemsko odsustvo definicije uobičajenog boravišta u haškom ali i EU režimu koji već generacijama funkcionišu bez iste (bez obizra na rasprostranjenost instituta), legitimno je bilo postaviti pitanje da li su definicije predviđene Nacrtom ZMPP bile zaista neophodne za održivost celog novog Zakona. U trenutku kada se definicija postavi, granice tumačenja su limitirane na ono što zakon predviđa eksplicitno, pa je i sloboda sudija u neku ruku više ograničena. *Ad contram*, upustvo za upotrebu makar i bilo nesveobuhvatno verovatno će uvek više biti od pomoći nego da postoji praznina u Zakonu koju kasnije treba popuniti (u sistemu kontinentalnog prava, bar, ovo se nekako uvek postavi kao slučaj). Koliko je radna grupa uspela da formuliše uspešan recept za primenu koncepta uobičajenog boravišta ostaje da se vidi nakon što Zakon o međunarodnom privatnom pravu stupi na snagu i nakon što se javi određeni broj slučajeva u kojima će sudija morati da izađe iz svoje komfor zone.

Na kraju, biće posebno interesantno pratiti izmene odnosno amandmane koje će zakonodavac uneti pre donošenja novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, posebno u vezi sa uobičajenim boravištem – nadamo se samo da neće doći do radikalnih isključenja kao što je bila situacija sa redovnim boravištem u nacrtu ZRSZ davne 1982. godine, jer predložena rešenja zaista daju mnogo koherentniju i moderniju sliku privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti u Srbiji sutrašnjice.

UROŠ ŽIVKOVIĆ, LL.M. (Cantab)

HABITUAL RESIDENCE IN SERBIAN PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW

Summary

Revision of the rules regulating the issues of Private International Law in Serbia have aimed at modernising the existing system in both the conflict-of-law matter and issues of international jurisdiction of Serbian courts and authorities by implementing, among others, the rules on habitual residence. This is a significant departure from the reigning rules of domicile and nationality as predominant connecting factors, and the implementation of the habitual residence as the concept will open a series of practical questions which are at the very core of this paper. The focus of the analysis is on the rules introduced through the Draft Private International Law Act from 2014, and the paper deals in more detail with a few selected problems that can be identified once the rules from the Draft PIL Act become applicable law, and the concept of habitual residence begins to take effect in the decision making process of the Serbian judiciary.

*Key words:* Habitual residence, Connecting factor, International jurisdiction, Draft PIL Act



STEFAN JOVANOVIĆ

## POTENCIJALNI PROBLEMI ARBITRAŽNIH ODLUKA U MERGERS AND ACQUISITIONS TRANSAKCIJAMA

Uobičajno je da se kod *mergers and acquisitions* transakcija ugovara arbitražno rešavanje sporova. Ipak, postoji više problema sa kojima može da se susretne domaća ili strana arbitražna odluka o *mergers and acquisitions* transakciji ukoliko dođe pod kontrolu suda na osnovu tužbe za poništaj ili pokretanja postupka za priznanje i izvršenje, a koji su prozrokovani specifičnostima i kompleksnošću ove transakcije. Autor u radu prvo analizira pozitivne aspekte ugovaranja arbitraže u ugovorima koji prate transakciju, jer samo njene prednosti u odnosu na sudove mogu da opravdaju njeno učestalo ugovaranje i pored brojnih problematičnih pitanja koja se otvaraju. Centralni deo rada se odnosi na detaljnu analizu pitanja arbitrabilnosti, javnog poretka i domašaja arbitražnog sporazuma, koji mogu da predstavljaju glavne prepreke za opstanak arbitražne odluke. Autor na kraju postavlja određene zaključke koji idu u smeru nalaženja načina da se pomenuti problemi sa kojima se susreće arbitražna odluka otklone ili makar znatno smanje.

Ključne reči: *arbitraža, mergers and acquisitions, arbitrabilnost, javni poredak, domašaj arbitražnog sporazuma*

### U V O D

Spajanja i akvizicije (*mergers and acquisitions* – M&A) predstavljaju važnu i u pravnoj praksi veoma čestu oblast kompanijskog prava, koja podrazumeva izuzetno složene poslovne transakcije. Unutar jedne transakcije uključeni su više

---

Stefan Jovanović, student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beograd. Najbolji rad na konkursu za nagradu "Gašo Knežević" iz alternativnog rešavanja trgovinskih sporova za 2019. godinu.

privrednih društava koji zaključuju veći broj sporazuma kako bi se postupak uspešno sproveo. Naziv koji je upotrebljen na početku rada podrazumeva popularno i praktično oslovljavanje pomenute transakcije, koja potiče iz anglosaksonske prakse gde su njeni instituti i dobili svoje uobličjenje. Globalna M&A aktivnost u 2018. godini dostigla je 3.5 biliona dolara, čime je ostvarena treća najuspešnija godina po vrednosti ukupnih transakcija računajući od 2001. godine.<sup>1</sup> Kakav će biti trend rasta vrednosti i broja M&A transakcija zavisi, između ostalog, i od stanja na svetskoj političkoj sceni, kao i od zasnivanja politika na *pro-business* platformama.<sup>2</sup> *Merger and acquisition* transakcija je zapravo kupoprodajna transakcija u kojoj jedna strana – prodavac kompanije (*seller*), prodaje privredno društvo drugoj strani – kupcu kompanije (*buyer, purchaser*), a kupac za to plaća određenu cenu. Iz ovakvog definisanja pojma proizilazi da se mnoga pitanja povodom M&A transakcije rešavaju analogno odredbama obligacionog prava, odnosno analogno ugovoru o prodaji (videti niže, naročito deo o izjavama i garancijama).

Kupovina kompanije u stvari podrazumeva investiranje jednog privrednog društva u drugo, koja se može vršiti na više načina: kupovina udela, odnosno akcija društva (*share deal*)<sup>3</sup>, direktan prenos imovine (*asset deal*)<sup>4</sup> i spajanje (*merger*).

Upravo zbog kompleksnosti jedne M&A transakcije neizbežno je da određeni dogovori rezultiraju sporovima. U periodu od ulaska u pregovore, pa do izvršenja konačnog ugovora mogu se pojaviti brojna razilaženja u interesima među učesnicima transakcije. Zbog toga je veoma važno da se uspostavi jedan mehanizam da se ti sporovi reše na što efikasniji, ali i neugroženo kvalitetan način. Kao posledica ovakvog načina razmišljanja, u praksi veliki broj sporova proisteklih iz M&A transakcija rešava se arbitražom<sup>5</sup>, kao jednim od načina alternativnog rešavanja sporova (*alternative dispute resolution – ADR*).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> V. na: Mergermarket, Mergermarket releases 2018 Global M&A report, <https://www.mergermarket.com/info/mergermarket-releases-2018-global-ma-report>, 25.08.2019.

<sup>2</sup> Lorenzo Corte, Denis Klimentchenko, Global M&A Trends in 2018. 4–5 u *The International Comparative Legal Guide to: Mergers & Acquisitions*, ed. Global Legal Group, 12th Edition, 2018, London: ICLG.

<sup>3</sup> Kupovina celokupnog ili dela udela ili akcija u privrednom društvu. Videti Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Jedanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, str. 100.

<sup>4</sup> Kupovina određene imovine koja je važna za društvo i pogodna za postizanje ciljeva investitora, ugovorom o prodaji imovine. V. M. Vasiljević, nav. delo, str. 100.

<sup>5</sup> Bernd D. Ehle, "Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions", *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Volume 27/2005, 291.

<sup>6</sup> Do prihvatanja alternativnih načina rešavanja sporova došlo je usled glasa javnosti, loših rezultata samoevaluacije, uticaja međunarodne zajednice, ali možda najvažnije: želje za unapre-

Poznato je da je poslovnom svetu od ključne važnosti pravna sigurnost i efikasno pravosuđe, kako bi se uz što manje troškove, brže i kvalitetnije rešili sporovi. U tom smislu se kao primer često ističe američka država Delaver (*Delaware*) u kojoj mnoge američke kompanije imaju svoje sedišta. Osim poreskih pogodnosti koje ova federalna jedinica pruža, neki od razloga za diseminaciju kompanija u ovom sistemu su i pravna sigurnost i specijalizovani sudovi koji su u mogućnosti da valjano reše kompleksne korporativne sporove.<sup>7</sup> Ipak, efikasno i kvalitetno pravosuđe samo donekle može umanjiti značaj arbitraže, tako da je jedno od pitanja koje se postavlja da li je arbitražno rešavanje sporova bolji izbor i pored dobro ocenjenog sudskog rešavanja.

Imajući u vidu sve gore navedeno, autor u radu analizira značaj arbitraže u procesu spajanja i akvizicije, naročito koje su njene prednosti, kao veoma važno pitanje za opredeljivanje budućih učesnika za ovakav način rešavanja spora. Zbog brojnih pogodnosti arbitraže veliki broj sporova iz M&A transakcija se rešava na ovaj način i ove transakcije podrazumevaju jednu od oblasti međunarodnog poslovnog prava sa najvećim udelom u broju arbitražnih sporazuma.<sup>8</sup> Ipak, ugovaranje arbitraže u ugovorima iz ove transakcije može postaviti više pitanja, od kojih neka mogu predstavljati i znatan problem.

Naime, postoje veoma velike i važne dileme da li je interkompanijski<sup>9</sup> spor povodom ovih transakcija u potpunosti arbitrabilan, da li su sve ustanove i klauzule korišćene povodom transakcije u saglasnosti sa domaćim javnim poretom, kao i pitanje domašaja arbitražnog sporazuma koji može da dovede u sumnju da li su arbitri prilikom rešavanja spora i donošenja odluke prekoračili svoja ovlašćenja. Sve su to pitanja koja mogu da ugroze život odluke donesene u arbitraži, odnosno mogu dovesti do njenog poništaja ili uskraćivanja priznanja odluke u državi u kojoj treba da se izvrši. Na kraju, biće obrazloženo zaključno razmatranje i biće dat odgovor na pitanje da li i pored veoma problematičnih pitanja sa kojima se susreće arbitražna odluka, značaj i prednosti arbitraže ipak imaju prevagu ili bi ugovorne strane trebalo da prepuste sudovima rešavanje ovih složenih sporova.

---

denjem pravne zaštite uz budžetske uštede. V. Gašo Knežević "Pravo i promene: ADR – promena u pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 54, br. 2/2006, str. 128.

<sup>7</sup> Eric Engle, *The Company Law of the United States of America*, Great Britain, 2012, 5.

<sup>8</sup> B. D. Ehle, nav. delo, str. 287.

<sup>9</sup> Kraj XX veka donosi shvatanje da arbitraža generalno može biti podobna za neke vrste sporova u kojima ranije nije bila, kao što su kompanijskopravni, potrošački i sporovi povrede konkurencije. O tome: Marko Jovanović, "O nekim razlikama između trgovinske i investicione arbitraže", *Pravo i privreda*, 4–6/2018, str. 346.

PREDNOSTI ARBITRAŽNOG REŠAVANJA SPOROVA  
KOD M&A TRANSAKCIJA

Sagledavanjem argumenata za arbitražno rešavanje sporova povodom M&A transakcije jedino može biti dat odgovor zašto i pored više problematičnih pitanja, odnosno potencijalnih problema arbitražne odluke, strane u transakcijama i dalje biraju arbitražu kao alternativni način rešavanja njihovog spora.

Jedna od najvećih prednosti arbitraže u odnosu na redovne sudove svakako jeste mogućnost izbora arbitara od strane učesnika u postupku. Bio to arbitar pojedinac ili arbitražno veće, forum za donošenje odluke izabraće stranke, rukovođene pre svega stručnošću i kompetentnošću arbitara kojima će poveriti rešavanje njihovog spora. Ispoljavanjem slobode ugovaranja i kod biranja arbitra, pa čak i biranja njihovog broja (stranke su najčešće ograničene samo na obavezu da taj broj bude neparan<sup>10</sup>), bitno se rešava problem nestručnosti, pa delom i neefikasnosti redovnih sudova koja, svakako, negativno utiču na poslovno okruženje koje je brzo i elastično.<sup>11</sup>

Pomenuli smo ranije koliki je značaj kompetentnih sudija unutar pravosudnog sistema, kako bi se složena pitanja koja iskrsavaju unutar jedne M&A transakcije pravilno rešila. Upoznati smo sa tim da redovni sudovi ne raspolažu stručnim kadrom koji se može pohvaliti zavidnim znanjem iz kompleksnih korporativnih pitanja, zbog čega dolazi do nedovoljno stručnih i pravilnih presuda, a i do usporavanja čitavog postupka, čime se ne dovodi samo u pitanje efikasnost, već i pravo na suđenje u razumnom roku, kao jedan od postulata najviših procesnih prava.<sup>12</sup> Arbitre stranke biraju upravo na osnovu njihove stručnosti u materiji koja je predmet postupka, na osnovu njihovog imena, reputacije, pa čak i ranijih rezultata u predmetnim slučajevima u kojima su sudili kao arbitri. Najčešće to su univerzitetski profesori, advokati i sudije sa dugogodišnjim iskustvom, a ponekad i profesionalci nepravničke struke koji svakako mogu da doprinesu boljem

---

<sup>10</sup> U tom smislu: ICC Rules of Arbitration of 1 March 2017, Article 12; Pravilnik Beogradskog arbitražnog centra – Beogradska pravila, čl. 15, st. 1; Zakon o arbitraži – ZOA, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, čl. 16, st. 2.

<sup>11</sup> Smatra se da se arbitraža javlja upravo iz praktične potrebe da se spor što efikasnije reši. Videti: Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 18.

<sup>12</sup> Ističe se da brzina i efikasnost arbitražnog postupka ne sme da bude nametnuta kao prioritet u odnosu na osnovna načela arbitražnog postupka, a pre svega se ukazuje na značaj pravne sigurnosti. Videti Jelena Perović, "Efikasnost arbitražnog postupka", *Pravo i privreda*, 4–6/2017, str. 469.



razumevanju pitanja koja prevazilaze pravnička znanja i ulaze u sferu građevine, informacionih tehnologija i ostalih uskostručnih oblasti.<sup>13</sup>

Povezano sa prethodno navedenom pozitivnom stranom arbitraže, ali i iznad toga, arbitraža je možda i najefikasniji način rešavanja sporova u ugovornim odnosima u kojima stranke nisu izabrale domaće pravo kao merodavno. Naime, u Srbiji strano pravo (*lex cause*) predstavlja pravo, a ne činjenicu, te zbog toga važi pretpostavka da sudija zna pravo (*iura novit curia*). Zbog toga, za razliku od anglosaksonskih sistema u kojima je *lex cause* činjenica, stranke nisu dužne da dokazuju postojanje stranog prava.<sup>14</sup> Opšte je poznato kolike probleme imaju srpske sudije kada treba da saznaju, a kamoli primene strane norme<sup>15</sup> i pored propisane pomoći Ministarstva pravde i stranaka<sup>16</sup>. Upravo zbog toga, arbitraža izbija kao poželjna solucija jer osim što odluku mogu da donose sudije raznih nacionalnosti (samim tim i sudije koje poznaju pravo koje je merodavno), u arbitraži se primenjuje i ustanova *expert witness* čime postoji mogućnost da svaka stranka angažuje svog “veštaka” za strano pravo koji će arbitrima da posvedoče, odgovaraju na pitanja, čak i unakrsno budu ispitana od strane stranaka. S obzirom da u Srbiji strano pravo nije činjenica, ono ne može ni da bude dokazivano (stranke ipak mogu na njihovo postojanje da ukažu sudijama putem javnih isprava), tako da mogućnost angažovanja veštaka za strano pravo ne postoji.

Koliki je značaj izbora foruma koji će da reši spor koji je proistekao iz složenih M&A transakcija može se videti i prilikom situacije slične “cepanju” statuta, odnosno u pogledu mogućnosti da prodavac i kupac društva izaberu više merodavnih prava tokom različitih faza kupoprodaje kompanije. Takođe, zamislivo je, i u teoriji međunarodnog privatnog prava vrlo diskutovano, jedan deo transakcije, na primer završni ugovor gde se konačno definišu svi obavezujući segmenti transakcije, “rascepati” na više merodavnih prava. Sve to je izvodljivo zbog autonomije volje prilikom odabira merodavnog prava kao proklamovanog principa današnjeg (međunarodnog) ugovornog prava.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 20.

<sup>14</sup> Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – ZMPP, *Službeni list SFRJ* br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Službeni list SRJ* br. 46/96 i *Službeni glasnik RS* br. 46/2006 – dr. zakon, predviđa da je sud ili drugi nadležni organ dužan da po službenoj dužnosti utvrdi sadržinu stranog prava. (čl. 13, st. 1).

<sup>15</sup> Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, sedamnaesto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, str. 111–112.

<sup>16</sup> ZMPP, čl. 13, st. 2 i 3.

<sup>17</sup> Da nije tako, dovela bi se u pitanje izuzetno poželjna međunarodna saradnja, pogotovo u sferi privrede, odnosno međunarodnih trgovačkih ugovora, pre svega ugovori o međunarodnoj razmeni dobara između privrednih subjekata iz različitih država. Nepostojanje autonomije volje kao

U tom smislu, moguće je zamisliti i da pismo o namerama (*Letter of Intent*) kao jedna od početnih faza kuporodaje kompanije i završni ugovor (*Stock Purchase Agreement*) budu obavijeni velom različitih prava. Na primer, nemačka kompanija kupuje društvo u Srbiji, ali kao merodavno pravo za pismo o namerama (i pored spornosti ugovornog karaktera ovog srpskoj teoriji nepoznatog instituta, pismo o namerama može da sadrži obavezujuće odredbe za obe strane i samim tim u pogledu tih delova – ima ugovorni karakter, odnosno može proizići spor koji će rešavati sud ili arbitraža<sup>18</sup>) predviđa američko pravo, dok za završni ugovor predviđa švajcarsko pravo (kao trećeneutralno pravo u odnosu na kupca i prodavca). Osim toga moguće je zamisliti i da jedno pravo bude merodavno za obaveze društva prenosioca, a drugo pravo za obaveze društva sticaoca, i pored opravdanog osporavanja izbora ovakvog načina određivanja merodavnog prava.<sup>19</sup>

Kada se sve ovo ima u vidu, deluje prilično nepouzđano da će jedan nacionalni (na primer srpski) sudija moći da se izbori sa jednom ovako složenom transakcijom koja je uz to razdeljena na više merodavnih prava, sa već dovoljno unesenom nekoherentnošću u već prilično kompleksan odnos. Pažljivim izborom arbitara različitih ekspertskih (pre svega pravnih) znanja i nacionalnosti, strane mogu stvoriti učinkovit forum koji će uspešno moći da zaokruži sva pitanja i iz toga proizvede najbolju moguću odluku. Arbitri su pre svega tu da odlučuju onda kada postoji mala šansa da će nacionalni sudija (gde se postavlja pitanje sudija koje države će to biti, odnosno u nedostatku izabranog prava gde će strane u sporu odvesti kolizione norme i kojoj strani to više odgovara) doneti kvalitetnu i efikasnu odluku.

Može se navoditi još mnogo argumenata iz kojih jasno proizilazi koliko je stručnost arbitara važna kako bi se spor iz transakcije rešio na najkvalitetniji način. Zbog toga navodimo još samo jednu situaciju koja je, takođe, od posebne važnosti za kupoprodaju kompanije. Naime, postoje mnogi instituti koje jedno pravo poznaje i subjekti tog prava obimno koriste, a da je za druge države taj institut nepoznanica. Klasičan primer jeste anglosaksonski institut *trust*<sup>20</sup>, koji

---

vrhovnog principa znatno bi otežalo i učinilo mnogo manje poželjnim zaključivanje ugovora između inostranih kompanija.

<sup>18</sup> V. kasnije razmatranje u delu o domašaju arbitražnog sporazuma.

<sup>19</sup> Navodi se da se na taj način narušava unutrašnja kohezija ugovora jer je jedno pravo jedino dovoljno koherentno, kao i da je ugovor ekonomski i pravno jedinstven. V. argumente i kontraargumente za institut "cepanja" statuta u T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 383 i 396.

<sup>20</sup> *Trust* je situacija kada jedno lice (*settlor*) prenese svojину na imovini (*trust property*) drugom licu (*trustee*) koji je ne uživa, već ima obavezu da njome upravlja u interesu korisnika trasta (*beneficiary*), gde može biti i settlor. Razlika postoji u tome da je trasti nominalni vlasnik, a benefici-

predstavlja značajan pravni instrument u zemljama tog pravnog područja, dok ga kontinentalna prava ne poznaju. Arbitri su profesionalci koji mogu biti izabrani upravo zbog dobrog poznavanja stranih instituta, dok se u odnosu na nacionalne sudije stvara mogućnost pogrešnog tumačenja smisla i prirode tvorevina stranih prava. Ovo je posebno značajno kod M&A transakcija koje su, kao što je već navedeno, oblikovane od strane anglosaksonskog prava, teorije i kako pravne, tako i poslovne prakse. U skladu sa tim, jako je važno da odluku donosi profesionalac koji je upoznat sa tim složenim institutima i koji ih zbog toga neće pogrešno tumačiti, u skladu sa shvatanjima njemu poznatog prava (ovo je posebno velika opasnost kod sudija kontinentalnog prava).<sup>21</sup>

Svakako da postoje još brojne prednosti arbitraže, iako je pretežna pažnja iskazana prednostima koje pruža dopuštenost izbora arbitara, jer je to svakako mogućnost koja nikada ne postoji u sudskom rešavanju sporova. Arbitraža je posebno značajna kod M&A sporova i zbog obavijenosti velom tajne, s obzirom da je od velikog značaja da određene klauzule u ugovoru ostanu nedostupne široj javnosti (klauzula o ceni, na primer), a često postoji potreba da ostane tajna i samo ulaženje društva koja se prodaje u ovaj proces. Poverljivost (*confidentiality*) je znatna prednost arbitraže u odnosu na sudove.<sup>22</sup> Osim navedenih prednosti, tu je i izbor jezika kojim će se odvijati postupak što je veoma značajno za prekogranične (*cross-border*) arbitraže i više poslovni i prijateljski manir od suda, koji omogućava da se, ukoliko je ikako moguće, poslovna saradnja između zavađenih stranaka ipak nastavi.<sup>23</sup>

Jedna od ključnih prednosti arbitraže nastaje donošenjem Konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka – Njujorška konvencija, koja je ratifikovana i u Srbiji.<sup>24</sup> Konvencija propisuje obavezu države da prizna važnost i odobri izvršenje, pod neosetno težim uslovima od onih koji se traže za domaću arbitražnu odluku<sup>25</sup> (u Srbiji domaća arbitražna odluka je izjednačena sa sud-

---

jari su stvarni vlasnici ili uživaoci. V. Srđan Vladetić, "Osnovi trasta anglosaksonskog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, LVIII, 2011, str. 115.

<sup>21</sup> Postoje određena prilično zanimljiva shvatanja da međunarodna raspostranjenost instituta specifičnih za M&A transakcije može u jednom momentu dovesti da prerastu u *lex mercatoria*, odnosno pravila transnacionalnog karaktera i međunarodne trgovačke običaje. V. kod Petar Mišković, *Arbitražno rešavanje sporova iz prekograničnih M&A transakcija*, neobjavljen master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, februar 2019, str. 38–39.

<sup>22</sup> B. D. Ehle, nav. delo, str. 289.

<sup>23</sup> B. D. Ehle, nav. delo, str. 290.

<sup>24</sup> Zakon o ratifikaciji Konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka – Njujorška konvencija, *Službeni list SFRJ – međunarodni ugovori*, br. 11/81

<sup>25</sup> Njujorška konvencija, čl. 3.

skom<sup>26</sup>). Sad navedeno je veliki argument u korist arbitražnog rešavanja, jer zbog pomenutog međunarodnog dokumenta, arbitražna odluka će se lakše priznati i izvršiti od sudske. Ipak, i Njujorška konvencija predviđa određene uslove za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke<sup>27</sup>, čije nepoštovanje može da ugrozi njen opstanak.

Uvideli smo brojne prednosti arbitraže prilikom rešavanja M&A sporova, koje i predstavljaju glavni razlog zaključivanja arbitražnog sporazuma u ovim transakcijama. Ipak, rešavanje arbitraže u sporovima kompanijskog prava donosi sa sobom više nedoumica. Neke od njih su toliko relevantne da mogu da dovedu u pitanje da li je uopšte celishodno ugovarati arbitražu za rešavanje ovakvih sporova, s obzirom da dolazi do rizika da arbitražna odluka ne bude važećaili da ostane nepriznata u državi u kojoj treba biti izvršena. U daljem izlaganju sagledaćemo potencijalne probleme arbitražne odluke u sporovima proisteklim iz M&A transakcije.

#### PITANJE ARBITRABILNOSTI

Zakon o arbitraži – ZOA predviđa da se arbitraža može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost suda.<sup>28</sup> Iz ove odredbe vidimo da su za arbitražu podobni sporovi koji su imovinskog karaktera, vezani za prava kojima stranke mogu slobodno da raspolažu i koji ne spadaju u isključivu nadležnost suda. Ukoliko ne postoji jedan od ovih uslova, arbitraža nije podobna za rešavanje spora. Arbitrabilnost je važna za život arbitražne odluke jer je ona uslov za njen opstanak nakon podnesene tužbe za poništaj i zahteva za njeno priznanje, ukoliko je takav zahtev podnet (a u prekograničnim M&A sporovima to će često biti slučaj). Uz to arbitrabilnost je jedan od dva uslova na koje sud pazi po službenoj dužnosti (*ex officio*).<sup>29</sup>

Kao što je već rečeno, M&A transakcije spadaju u oblast kompanijskog prava, a sporovi proistekli iz njih spadaju u interkompanijske sporove.<sup>30</sup> Interkompanijskopравни sporovi predstavljaju kompleksan splet pravnih odnosa u vezi sa

<sup>26</sup> ZOA u čl. 64, st. 1 predviđa da domaća arbitražna odluka ima snagu domaće pravnosnažne sudske odluke i izvršava se u skladu sa odredbama zakona koji uređuje izvršni postupak.

<sup>27</sup> Njujorška konvencija, čl. 5. Primećuje se da je naš Zakon o arbitraži preuzeo uslove (smetnje) za priznanje i izvršenje (ZOA, čl. 66).

<sup>28</sup> ZOA, čl. 5.

<sup>29</sup> ZOA, čl. 58, st. 2, tač. 1 i čl. 66, st. 2, tač. 1

<sup>30</sup> V. Mirko Vasiljević, "Arbitražni ugovori interkompanijskopравни sporovi", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 66, 2/2018.

nastankom privrednog društva, funkcionisanjem društva i prestankom društva.<sup>31</sup> Ipak, sporovi iz M&A transakcija se ne baziraju samo na pitanjima kompanijskog prava, već prelaze i u domen obligacionog prava. Tako se sadržina ugovora o prodaji udela zasniva i na opštim pravilima obligacionih odnosa.<sup>32</sup> Svakako da su korporativnopravni sporovi imovinskog karaktera, pa se jedino postavlja pitanje da li je njima i kako (i u kojim segmentima) ugrožen javni interes,<sup>33</sup> jer samo sporovi u kojima je javni interes ugrožen, ne mogu biti podvrgnuti privatnom načinu rešavanja sporova, odnosno nacionalni zakonodavac neće dopustiti derogaciju nacionalnog sistema sudovanja.<sup>34</sup> Ako se uzme u obzir da je zakonom definisan cilj privrednog društva sticanje dobiti<sup>35</sup>, koja pripada članovima, nije odmah jasna suština problema objektivne arbitrabilnosti.<sup>36</sup>

Jedna od dilema kod ugovora o prodaji udela, kao instituta koji je ustanovljen našim Zakonom o privrednim društvima – ZPD, jeste ona koju postavlja upravo taj zakon. Naime, ZPD predviđa da je u parničnim i vanparničnim postupcima pokrenutim u slučajevima predviđenim ovim zakonom, kao i u sporovima koji proizlaze iz ovog zakona, nadležan sud određen zakonom kojim se uređuje nadležnost sudova prema sedištu privrednog društva ili preduzetnika, odnosno prema mestu poslovanja ogranaka stranog pravnog lica, osim ako je ovim zakonom predviđena mesna nadležnost drugog suda.<sup>37</sup> Zbog ove odredbe postavlja se pitanje da li je ZPD u sporovima koji proizilaze iz njega odredio isključivu nadležnost suda. To je značajno razjasniti jer ugovor o prodaji udela predstavlja pitanje regulisano ovim zakonom, a u skladu sa ZOA, kao što je gore navedeno, nearbitrabilni su sporovi za koje je sud isključivo nadležan.

Ipak, činjenica je da srpski zakonodavac uvek koristi reč “isključiva” kada ima intenciju da propiše takvu nadležnost našeg suda,<sup>38</sup> te u tom smislu, ne po-

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, str. 18.

<sup>32</sup> Jovana Veličković, “Arbitražni sporazum kod ugovora o prodaji udela – tri (sporna) pitanja u vezi punovažnosti”, *Pravo i privreda*, 4–6/2018, str. 490.

<sup>33</sup> *Ibidem*, str. 488–489.

<sup>34</sup> G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 51.

<sup>35</sup> Zakon o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018, čl. 2 predviđa da je privredno društvo pravno lice koje obavlja delatnost u cilju sticanja dobiti.

<sup>36</sup> J. Veličković, nav. delo, str. 489.

<sup>37</sup> ZPD, čl. 7.

<sup>38</sup> U tom smislu, ZMPP u čl. 47 predviđa da isključiva nadležnost suda Savezne Republike Jugoslavije (sada Srbije) postoji kad je to ovim ili drugim saveznim (sada srpskim) zakonom izričito određeno.

stoji isključiva sudska nadležnost iz sporova koji proisteknu iz ZPD-a, već je pomenutom normom samo uređena mesna nadležnost suda.

Mnogo veću relevantnost ima isključiva nadležnost domaćeg suda koja je predviđena za nepokretnosti koja se nalazi na domaćoj teritoriji. Tako ZMPP propisuje da isključiva nadležnost suda Savezne Republike Jugoslavije (sada Srbije) postoji u sporovima o pravu svojine i o drugim stvarnim pravima na nepokretnosti, u sporovima zbog smetanja poseda na nepokretnosti, kao i u sporovima nastalim iz zakupnih ili najamnih odnosa u pogledu nepokretnosti, ili iz ugovora o korišćenju stana ili poslovnih prostorija, ako se nepokretnost nalazi na teritoriji Savezne Republike Jugoslavije (Srbije).<sup>39</sup> Ovo pitanje neće se postaviti u slučajevima kada se ne prenosi pravo svojine na nepokretnostima koje jedno privredno društvo poseduje, već se prodaje udeo u tom društvu. Ali, nasuprot tome, ukoliko je M&A transakcija strukturirana na sistemu direktnog prenosa imovine (*asset deal*), investitori prepoznaju imovinu privrednog društva koja je važna u njegovom poslovanju i strateški se opredeljuju za njenu kupovinu.

Do problema dolazi ukoliko ta imovina predstavlja nepokretnosti. Nesporno je da u slučaju u kojem je arbitraža odlučivala o sporu iz transakcije u kojem je prenoseno pravo svojine na nepokretnosti koja se nalazi na teritoriji Srbije, takva arbitražna odluka neće moći da opstane. Sa pozivom na nearbitrabilnost spora po zahtevu odlukom nezadovoljne stranke ili čak po službenoj dužnosti suda, odluka će biti poništena (ukoliko se radi o domaćoj odluci) ili će biti uskraćeno priznanje (ukoliko se radi o stranoj arbitražnoj odluci). Naravno, svaki savestan i stručan arbitar neće se ni upustiti u rešavanje ovakvog spora, s obzirom da je jedna od njegovih glavnih dužnosti da donese održivu odluku.<sup>40</sup> Arbitri su obavezni da odbiju nadležnost, bez obzira da li je tuženi podneo prigovor nenadležnosti, ako uoče nedostatke koji mogu da dovedu do poništaja odluke ili odbijanja njenog priznanja i izvršenja.<sup>41</sup> Naravno, kreativna praksa je pronašla način da se zaobiđu pravila o isključivoj nadležnosti i da se ugovori nadležnost arbitražnog tribunala.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> ZMPP, čl. 56.

<sup>40</sup> Još je profesor Gašo Knežević u svom radu iz 2000. godine smatrao da je potrebno uvesti odgovornost arbitara za njihove odluke jer će u suprotnom doći do kolapsa arbitriranja. Samim poništajem arbitražne odluke, spor se ponovo otvara pred sudom, što ugrožava prednost bržeg rešavanja spora u korist arbitraže. V. Gašo Knežević, "Odnos arbitra i stranaka", *Pravo i privreda*, br. 5–8/2000, str. 952.

<sup>41</sup> Miroslav Paunović "Ispitivanje nadležnosti *ex officio* od strane arbitražnog suda u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži", *Pravo i privreda*, 4–6/2016, str. 434.

<sup>42</sup> M. Mišković, nav. delo, str. 56–57.

Pored objektivne arbitrabilnosti u svom uobičajnom obliku, postoji i jedan njen oblik koji se izvodi iz opštih principa savesnosti i poštenja. Naime, smatra se da arbitri ne treba da se upuste u rešavanje "ilegalnih" sporova, proisteklih iz nezakonitih poslova koji imaju za cilj pranje novca, izbegavanje plaćanja poreza, prikrivanje nedozvoljene trgovine.<sup>43</sup> Moguće je zamisliti, makar teorijski, da se strane upuštaju u određenu M&A transakciju kako bi izigrale određene zakonske obaveze u raznim oblastima. Određene arbitražne institucije imaju mehanizme kojima mogu da se izbore sa ugovorenom nadležnošću u ovakvim sporovima, te tako Pravilnik Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije predviđa da arbitražna može da odbije da rešava spor i kada je njena nadležnost ugovorena, ako arbitražni sporazum ili ugovor o osnovnom poslu sadrže odredbe koje nisu u skladu sa nadležnostima i načelima arbitraže (odbijanje nadležnosti).<sup>44</sup>

#### JAVNI POREDAK

Jedan od najčešćih oružja strane nezadovoljne arbitražnom odlukom jeste pozivanje na ustanovu javnog poretka<sup>45</sup> (*public policy*). ZOA javni poredak predviđa kao razlog za poništaj arbitražne odluke i za odbijanje njenog priznanja. Koliki je značaj ove ustanove govori i to da naš zakon koji uređuje arbitražu, pored nearbitrabilnosti, još samo nepoštovanje javnog poretka predviđa kao razlog za poništaj arbitražne odluke i uskraćivanje njenog priznanja na koji sud pazi *ex officio*, čime ukazuje na presudnu relevantnost ove ustanove.

Ustanova javnog poretka je, može se reći, jedan od najfleksibilnijih instrumenata protiv arbitražne odluke. Naime, veoma je diskutabilno, i u teoriji i u praksi, šta sve može da bude obuhvaćeno ovim terminom i kada je zaista došlo do povrede Ustavom Srbije utvrđenog društvenog uređenja. Tako se navodi da je javni poredak skup najvažnijih javnih interesa u jednoj državi, koji se bespogovorno štite od svakog ugrožavanja<sup>46</sup>, a i za međunarodno privatno pravo od značaja

---

<sup>43</sup> M. Paunović, nav. delo, str. 428.

<sup>44</sup> Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri privrednoj komori, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2016, čl. 10, st. 1.

<sup>45</sup> ZMPP u čl. 4 predviđa ustanovu javnog poretka, kao institut opšteg dela srpskog međunarodnog privatnog prava, navodeći da se ne primenjuje pravo strane države ako bi njegovo dejstvo bilo suprotno Ustavom (SRJ, sada Srbije) utvrđenim osnovama društvenog uređenja. U čl. 91 propisano je da se strana sudska odluka neće priznati ako je u suprotnosti sa Ustavom (SRJ, danas Srbije) utvrđenim osnovama društvenog uređenja.

<sup>46</sup> Zoran R. Tomić, "Javni poredak: pojam i struktura", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 67, 2/2019, str. 36.

je unutrašnji javni poredak.<sup>47</sup> Unutrašnji javni poredak (u najširem smislu) čine ustavni propisi, ratifikovane međunarodne konvencije i ugovori, zakoni, sprovedbeni propisi, moralna i običajna pravila, kao i ustaljena i priznata sudska praksa najviših sudova.<sup>48</sup>

Primer za diskutabilnost i moguća različita tumačenja ugovornih klauzula i njihove protivnosti sa ustanovom javnog poretka pokazuje klauzula o zabrani konkurencije. Ovom klauzulom se prodavcu udela zabranjuje da obavlja delatnost koja je ista ili slična predmetu poslovanja društva čiji se udeo kupuje.<sup>49</sup> Zamislimo situaciju u kojoj je za zabranu obavljanja delatnosti predviđen rok od četiri godine i da je za ugovor određeno merodavno pravo koje takav rok i zakonski predviđa. Dužnost nekonkurencije privrednom društvu kao zakonska ustanova ima dva legitimna cilja. Pozitivan cilj podrazumeva da postoji legitiman interes korisnika klauzule (kupca udela) i negativan koji omogućava očuvanje ekonomske slobode dužnika iz ove klauzule.<sup>50</sup>

U skladu sa tim, ova klauzula mora biti limitirana u odnosu na predmet (na konkurentnu delatnost), prostor (u našem primeru to bi bilo na teritoriji Republike Srbije, a moglo bi i uže) i vreme (ZPD predviđa rok od dve godine<sup>51</sup>). Postavlja se pitanje da li je suprotno našem javnom poretku ugovoriti dužnost nekonkurencije koja je duža od 2 godine, odnosno koja iznosi četiri godine od prestanka svojstva člana društva ili akcionara. Postoje različita stanovišta gde se i te kako može braniti stav u prilog tome da je javni poredak ovde ugrožen s obzirom da Ustav Srbije predviđa jednak položaj svih na tržištu izabranu ograničavanja slobodne konkurencije.<sup>52</sup>

Naime, izričito se predviđa da konkurenciju samo zakon može ograničiti iz čega može proizići shvatanje da svako duže ograničenje (od dve godine) predstavlja akt suprotan zakonu, koji Ustav ne dopušta.<sup>53</sup> Ipak, ako uzmemo u obzir da je merodavno pravo u navedenom primeru strano pravo, samim tim primenjuje se

<sup>47</sup> Iako se može braniti shvatanje postojanja internacionalnog javnog poretka, za međunarodno privatno pravo (kao dela unutrašnjeg prava svake države) značajan je kao korektor unutrašnji javni poredak.

<sup>48</sup> Z. Tomić, nav. delo, str. 44.

<sup>49</sup> M. Mišković, nav. delo, str. 58.

<sup>50</sup> M. Vasiljević (2019), nav. delo, str. 166–167.

<sup>51</sup> ZPD, čl. 75, st. 3, tač. 2

<sup>52</sup> Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 u čl. 84, st. 1 i 2 predviđa da svi imaju jedan položaj na tržištu i da su zabranjeni akti kojima se, suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija, stvaranjem ili zloupotrebom monopolskog položaja.

<sup>53</sup> M. Mišković, nav. delo, str. 59.



strani zakon, postavlja se dilema da li je ograničenje iz tog zakona dopustivo. Svakako da je rok iz srpskog zakona koji uređuje privredna društva imperativan rok, ali činjenica je da nije svaki imperativni propis obuhvaćen ustanovom javnog poretka u smislu međunarodnog privatnog prava.<sup>54</sup> Može se smatrati da javni poredak u ovom slučaju ne bi bio povređen s obzirom da su ispoštovana tri legitimna cilja ove klauzule, odnosno ona je predmetno, prostorno i vremenski ograničena. To što je vremensko ograničenje duže nego u srpskom pravu, ne dovodi nužno do zaključka da je ugrožena slobodna konkurencija, ona je limitirana i zaštićena, ali na drugačiji način nego u domaćem (srpskom) pravu. Korektoru javnog poretka bi definitivno bilo mesta ukoliko bi zabrana konkurencije bila neoročena ili oročena nesrazmerno dugačkim rokom.

Još jedan primer klauzule koja može biti dovedena u pitanje jeste ona koja predviđa institut izjava i garancija (*representation and warranties*) koja se obimno zaključuje u ugovorima povodom M&A transakcija. Izjave i garancije predstavljaju obaveze prodavca, kojima se kupac štiti od nepoznatih rizika ciljnog društva. Izjave se odnose na činjenice koje trenutno postoje ili se odnose na prošlost društva, dok se garancije odnose na stanje kupljenog društva u budućnosti. U praksi ovaj institut se povezuje sa odgovornošću za materijalne nedostatke iz Zakona o obligacionim odnosima – ZOO.<sup>55</sup>

Ipak, značajne su razlike između ova dva instituta, pre svega jer se odgovornost za materijalne nedostatke odnosi na stvar, a izjave i garancije na udeo. Udeo je zapravo samo uži predmet interesovanja ugovarača izjava i garancija, jer ovaj institut obuhvata i odgovornost za poslovanje društva, njegove poslovne transakcije, poštovanje zakona i ostalo.<sup>56</sup> Posebno su zanimljive izjave i garancije za koje ugovorne strane znaju da one nisu tačne, i to u trenutku u kojem su date (*sandbagging clauses*).<sup>57</sup> U skladu sa ZOO prodavac ne odgovara za nedostat-

---

<sup>54</sup> T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, nav. delo, str. 157.

<sup>55</sup> Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, članovi 479, 480 i 508.

<sup>56</sup> Petar Mišković, Izjave i garancije u ugovorima o prodaji udela – pojam i problematika u srpskom pravu, *Pravo i privreda*, 4–6/2019, str. 347.

<sup>57</sup> Termin se primenjuje u kontekstu M&A kada kupac saznaje za kršenje izjava i garancija ili obaveza pre zaključivanja ugovora, ali o tome ne govori ništa dok se ugovor ne zaključi – u tom trenutku podnosi zahtev za odštetu u skladu sa sporazumom. *Pro-sandbagging clause*, vrsta ove klauzule koja je najpoželjnija za kupca, uklanja potrebu kupca da opovrgne bilo kakvu tvrdnju prodavca da je prethodno znao činjenice koje se tiču stvarnog kršenja. V. Stikeman, *Sandbagging Clauses in Acquisition Agreements*, <https://www.stikeman.com/en-ca/kh/canadian-ma-law/sandbagging-clauses-in-acquisition-agreements-a-little-knowledge-can-be-a-dangerous-thing>, 06.09.2019.

ke ako su u času zaključenja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati.<sup>58</sup> Ovakva odredba domaćeg zakona je u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, kao osnovnim postulatom našeg ugovornog prava. Zbog toga je pitanje da li je ugovaranje pomenute klauzule u skladu sa srpskim javnim poretkom.

Naime, veoma značajno pitanje odnosi se na to u kojoj meri određene norme ZOO čine deo našeg javnog poretka. Sam ZOO određuje da su strane u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji.<sup>59</sup> Ali, da li naš zakon koji uređuje obligacione odnose sadrži određene norme koje se mogu smatrati srpskim društvenim uređenjem i samim tim potpadati pod naš javni poredak? Nesumnjivo je da je načelo savesnosti i poštenja proklamovano u našem ZOO<sup>60</sup>, kao i u ostalim zakonima<sup>61</sup>, čime se može smatrati da je ovo načelo uzdignuto na rang srpskog društvenog uređenja.

Mnogo veći problem od izjava i garancija dolazi usled ugovaranja instituta posebnih obeštećenja (*Specific Indemnities*). S obzirom da one imaju pravu ekonomsku suštinu, one su među onim aspektima pregovaranja koje se najpodrobnije vode.<sup>62</sup> Kod ovog instituta jasno vidimo problem umetanja anglosaksonske instituta u kontinentalnim pravom regulisano područje. Naime, suština posebnih obeštećenja jeste da kupac identifikuje rizike poslovanja ciljnog privrednog društva tokom *due diligence* postupka i da ih potom, po pristanku prodavca (tokom pregovaranja), prevale na njega.<sup>63</sup> Sporna je dopuštenost ovog instituta u pravima koja ga ne prepoznaju, jer kupac ovde zna za postojanje rizika, čime ne postoje skriveni nedostaci stvari i drugo, kao i u slučaju izjava i garancija, ni ovde se nedostatak ne odnosi direktno na udeo, već na neke segmente poslovanja privrednog društva. Spornost ovog instituta je višestрана. Prvo je važno naglasiti da se ovde ne može raditi o materijalnim nedostacima stvari, pre svega jer se odgovornost za materijalne nedostatke javlja ukoliko kupac nije znao za njih (niti je brižljivo pažnjom mogao da ih sazna).<sup>64</sup> Dalje, ZOO dopušta ugovorno prošir-

<sup>58</sup> ZOO, čl. 80.

<sup>59</sup> ZOO, čl. 10.

<sup>60</sup> ZOO, član 12.

<sup>61</sup> Na primer: ZPD, čl. 14, čl. 25 i drugi.

<sup>62</sup> Lou R. Kling, Eileen T. Nugent "Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions", *Law Journal Press*, Volume I, 2013, 41.

<sup>63</sup> Na primer, ciljno društvo nema dozvolu za ispuštanje otpadnih voda u obližnju reku, te se zahteva potpuno obeštećenje ukoliko nadležni organ izrekne kaznu i zaštitnu meru (privredni prestop i oduzimanje predmeta čime dolazi do faktičke obustave proizvodnje, te i do znatne štete). V. primer u Petar Mišović, nav. delo, str. 22–23.

<sup>64</sup> ZOO, čl. 480, stavovi 1 i 2.

renje odgovornosti, odnosno da se ugovorom može proširiti odgovornost dužnika (u našem slučaju prodavca) i na slučaj za koji on inače ne odgovara. Stoga, po duhu našeg zakona nije u neskladu sa našim pravnim poretkom proširiti odgovornost prodavca (što se dešava kod posebnih obeštećenja s obzirom da obe strane znaju za nedostatak), ali samo ako to nije u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja.<sup>65</sup> Pogotovo ako uzmemo u obzir da je punovažna odredba ugovora kojom se određuju najviši iznos naknade, ako tako određeni iznos nije u očiglednoj nesrazmeri sa štetom i ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno.<sup>66</sup>

Ipak, treba uzeti u obzir da se može smatrati da je suprotno načelu savesnosti i poštenja da prodavac odgovara za štetu zbog okolnosti koje su bile potpuno poznate kupcu, kao i da je u suprotnosti sa načelima ravnopravnosti strana u postupku i zabrani iskorišćavanja monopolskog položaja, ukoliko je institut posebnih obeštećenja nametnut od strane kupca, koji je često znatno ekonomski jača strana (kod M&A transakcija postoji velika mogućnost stvaranja monopolskog položaja, kupovinom manjih konkurenata i stvaranjem dominacije na tržištu). Ovakav način ugovaranja i te kako može biti u suprotnosti sa našim javnim poretkom, pogotovo ako sagledamo gore navedeno, da se načelo savesnosti i poštenja može smatrati delom našeg državnog uređenja.

Osim toga, nesavesnosti i nepoštenju dodatno može doprineti ukoliko se rizik koji se prevladuje na prodavca, a za koji kupac zna u momentu zaključenja ugovora, odnosi na nezakonito poslovanje ciljnog društva. Na kraju treba pomenuti sprski institut ugovorne kazne, koji se znatno razlikuje od anglosaksonskog instituta *liquidated damages*<sup>67</sup> (koji naš sud može okarakterisati kao odraz posebnih obeštećenja). Te ključne razlike između ova dva instituta (sud nema pravo da smanji iznos *liquidated damages*, postoje shvatanja da se može ugovoriti i za novčane obaveze i ostalo) mogu da dovedu do intencije našeg suda, uprkos što je u ugovoru navedeno strano pravo kao merodavno – čime se instituti tumače u smislu tog prava, da se izvrši korekcija ustanovom javnog poretka.

#### DOMAŠAJ ARBITRAŽNOG SPORAZUMA

Njujorška konvencija predviđa da će priznanje i izvršenje biti odbijeni ukoliko stranka podnese zahtev i dokaz da se odluka odnosi na spor koji nije predvi-

---

<sup>65</sup> ZOO, čl. 264, stavovi 1 i 2.

<sup>66</sup> ZOO, čl. 265, st. 3

<sup>67</sup> V. u: Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.

đen u kompromisu ili nije obuhvaćen arbitražnom klauzulom, ili da sadrži odredbe koje prelaze granice kompromisa ili arbitražne klauzule.<sup>68</sup>

*Mergers and acquisitions* transakcije, kao što je već navedeno, predstavljaju složeni skup različitih ugovora koji se zaključuju do njenog zatvaranja (*closing*). Tako strane u procesu, u fazi pregovaranja (*negotiations, pre-signing*) mogu zaključiti pismo o namerama (*Letter of Intent*), čija je pravna priroda sporna.<sup>69</sup> Dalje, stane u M&A transakciji mogu da zaključe ugovor o poverljivosti (*Non-Disclosure Agreement*), ugovor članova (*Shareholders Agreement*), ugovor o snabdevanju (*Supply Agreement*), pismo garancije (*Equity Commitment Letter*) i ostale. Svako da je najvažniji ugovor koji strane u transakciji zaključuju onaj u fazi potpisivanja (*signing*), odnosno ugovor o kupovini udela (*Stock Purchase Agreement – SPA*). Zamislamo situaciju, koja je potpuno realna u praksi, da svaki od ovih pojedinačnih ugovora sadrži različite arbitražne klauzule ili situaciju u kojoj neki ugovori imaju ugovorenu arbitražu, a neki ne. M&A transakcija je jedna celina, svaki pojedinačni deo ove transakcije je važan za njen celokupan rezultat i efekat. Od velikog je značaja ustanoviti na koji način arbitri treba da se ponašaju kada pred njih bude izložen spor iz završnog ugovora u transakciji (*SPA*), a određena značajna pitanja su ugovorno regulisana u ranijim ugovorima. Pravilnik Beogradskog arbitražnog centra (Beogradska pravila) ustanovljava preporučenu klauzulu, koja predviđa da se svi sporovi koji nastanu iz ovog ugovora ili *u vezi s njim* konačno rešavaju arbitražom organizovanom u skladu sa Pravilnikom Beogradskog arbitražnog centra.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Njujorška konvencija, čl. 5, st. 1 tač. 3.

<sup>69</sup> Postavlja se pitanje da li je pismo o namerama osnov obaveza strana u procesu, te samim tim da li ima uopšte ugovornu prirodu, kako bi u njemu mogla da se ugovori arbitražna klauzula. Iako stranegeneralno imaju intenciju da pismo o namerama sadrži odredbe koje nisu obavezujuće (*non-binding*), ovaj dokument često sadrži određene klauzule za koje strane u procesu žele da budu obavezujuće (*binding provisions*). Jedna od najčešćih klauzula koje strane smatraju obavezujućim jeste klauzula o ekskluzivitetu (*exclusivity provision*) koja zabranjuje prodavcu da stupa u pregovore dok su i dalje u toku pregovori sa potencijalnim kupcem. Radi se o jednom zanimljivom mehanizmu kojem se pregovori, odnosno period pre stupanja u ugovorni odnos, obavijaju ugovornim velom i uvode se određene obaveze između ugovornih strana (u ovom slučaju na strani prodavca). Može se smatrati da onaj obavezujući deo pisma o namerama predstavlja ugovor, jer je sporazumom došlo od određenih obaveza između strana, a da u pogledu neobavezujućih odredaba ne postoji ugovorna odgovornost. Kvalitetno i adekvatno tumačenje pisma o namerama je od velike važnosti jer strane ne bi želele da sud, neupućen dovoljno u ovo pitanje, tumači i neobavezujuće delove ugovora kao obavezujuće. Poželjno je da strane u postupku izričito naglase koje se odredbe ugovora smatraju obavezujućim, a koje ne. Zbog toga za obavezujući (ugovorni deo) pisma o namera, odnosno za sporove koji mogu proisteci iz njih, može biti ugovorena arbitraža. V. u: Model Stock Purchase Agreement, Ancillary Document, Letter of Intent, Preliminary Note.

<sup>70</sup> Pravilnik Beogradskog arbitražnog centra – Beogradska pravila, str. 3.

U tom smilu, (s obzirom da i druge relevantne arbitražne institucije imaju slične klauzule), važno je istaći deo koji naglašava da je arbitraža ugovorena za sve sporove koji proisteknu iz ugovora, ali i one sporove koji proisteknu u vezi sa njim, znači u vezi sa ugovorom povezanim pravima i obavezama. Ipak, ne može se sa sigurnošću reći da se to odnosi i na druge ugovore unutar M&A transakcije, u kojima identična klauzula nije umetnuta. Svi ugovori zaključeni tokom M&A procesa mogu biti samostalni ugovori, sa samostalnim pravima i obavezama koji iz njih proističu. Samim tim neodređivanje nadležnosti arbitraže povodom sporova koji proisteknu ili (još značajnije) ugovaranje druge arbitraže, treba da isključi odlučivanje o sporu iz tih ugovora iz nadležnosti arbitraže koja odlučuje o drugom ugovoru. Arbitri koji budu rešavali o tim ugovorima, prekoračili bi svoja ovlašćenja<sup>71</sup>, što po zahtevu nezadovoljne stranke može da ugrozi život same arbitražne odluke.

Određivanje različitih arbitraža ili neodređivanje arbitraže u pojedinim ugovorima iz M&A transakcije može da unese znatnu nekoherentnost u kasnije odlučivanje povodom spora. Zato bi bilo od velike važnosti da strane u sporu sve ugovore iz transakcije podvrgnu istoj arbitražnoj klauzuli, da odrede istu institucionalnu ili *ad hoc* arbitražu, identične arbitre koji će donositi odluku, i da celokupnu transakciju podvrgnu istom merodavnom pravu (u suprotnom dolazi do gore pomenutih problema, pomenutih u delu koji se odnose na prednosti arbitražnog rešavanja sporova u M&A transakcijama). Ukoliko strane propuste da ustanove arbitražu u svakom pojedinačnom ugovoru iz kojih kasnije može proizići sveobuhvatan spor, bilo bi poželjno da se u završnom, glavnom ugovoru uputi na sve ranije i naglasi da oni postaju deo glavnog ugovora, čime će biti ustanovljena jedinstvenost transakcije. Ali i dalje postoji problem ukoliko je u jednom od ranijih ugovora određena druga arbitraža, na primer umesto ICC arbitraže koja je ustanovljena u završnom ugovoru, ustanovljena je nadležnost Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (LCIA). Pitanje je da li bi se u ovom slučaju paralelno vodili postupci, odnosno da li bi svaka arbitražna institucija rešavala o onim pitanjima koja spadaju u njenu nadležnost.<sup>72</sup> Značajna je i dilema na koji način bi trebalo da se ponaša arbitražno veće u ICC arbitraži, ukoliko LCIA odlučuje o ne-

---

<sup>71</sup> Odluka bi se odnosila na spor koji nije predviđen u kompromisu ili nije obuhvaćen arbitražnom klauzulom, ili sadrži odredbe koji prevazilaze granice kompromisa ili arbitražne klauzule.

<sup>72</sup> U većini nacionalnih i međunarodnih arbitražnih pravila ne postoje specifična rešenja za paralelne postupke, tako da je saglasnost stranaka od ključne važnosti. Na to je ukazano u CahitA-gaoglu, *Arbitration in merger and acquisition transactions: problem of consent in parallel proceedings and in the transfer of arbitration agreements in merger and acquisition arbitration*, Queen Mary University of London, School of International Arbitration, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy London, 2012, str. 28.

kom pitanju (iz na primer pisma o namerama ili pisma garancije) koje ima karakter prethodnog pitanja u odnosu na ona koja se postavljaju u glavnom ugovoru.

Pred kraj ovog razmatranja treba ipak naglasiti određenu činjenicu, da se arbitraža ustanovljava na osnovu sporazuma stranaka, te samim tim one sporazumno mogu i da ga izmene. Iz toga proizlazi da samo dodeljivanje celokupnog slučaja iz cele M&A transakcije jednom arbitražnom veću, može predstavljati derogiranje nadležnosti svih ranije predviđenih nadležnosti u ranijim ugovorima (ili saglasnost da se izvrši spajanje paralelnih postupaka, kako bi se sprečilo donošenje kontradiktorne presude<sup>73</sup>). Ipak, s obzirom da se nadležnost arbitraže ugovara u pismenoj formi, stranke bi trebalo pre nego što slučaj kao celinu prepuste u rešavanje jedne arbitraže (derogirajući one ranije uspostavljene i predviđajući u onim u kojima nije postojala arbitražna klauzula), sastave arbitražni sporazum u kojem to i predviđaju. Svakako da će u praksi to teže biti slučaj, jer stranke tada imaju potpuno suprotstavljene interese, te zabuna i nekoherentnost koja može postojati u predmetnom slučaju, nekoj od njih može ići u korist, te sporazum o tako važnom pitanju može izostati.

Dosadašnja razmatranja ticala su se objektivnog domašaja arbitražnog sporazuma. Na ovom mestu važno je istaći i pitanje subjektivnog domašaja, s obzirom da se i tu može postaviti pitanje prekoračenja ovlašćenja arbitara. Pitanje je povezano sa dilemom da li postupak (i arbitražna odluka) mogu da budu prošireni i na treću stranu, koja nije potpisala arbitražni sporazum. Definitivno najbolja solucija jeste da se naglase izričito sve strane koje su vezane arbitražnim sporazumom i da sve one taj sporazum i zaključe. Kontroverznost ovog pitanja odnosi se na dilemu da li arbitražni sporazum može da se proširi na ostale kompanije koje su u istoj grupi. Doktrina grupe kompanija (*group of companies doctrine*) koja je ustanovljena francuskim slučajem *Dow Chemical Firms et. Al. V. Isover Saint-Gobain*<sup>74</sup>, ustanovljava da je probijanje u grupu kompanija moguće, ukoliko je drugi član grupe kompanija aktivno učestvovao u izvršenju ili okončanju sporazuma, može biti smatran pravom (faktičkom) stranom u sporazumu i ima sopstveni naročiti ekonomski interes u ugovoru.<sup>75</sup>

## ZAKLJUČAK

Predstavljene su brojne prednosti arbitraže kod M&A transakcija, koje i opredeljuju strane u ovom kompleksnom procesu da se opredele za ovakav na-

<sup>73</sup> B. D. Ehle, nav. delo, str. 305.

<sup>74</sup> *Dow Chemical Firms et. Al. V. Isover Saint-Gobain*, ICC Case Number 4131, Yearbook Commercial Arbitration, 1984, str. 130–134.

<sup>75</sup> B. D. Ehle, nav. delo, str. 306.

čin rešavanja sporova. Istaknut je poseban značaj izbora arbitara, što je postavljeno kao najveća prednost, pogotovo uzevši u obzir da takva mogućnost, bez izuzetaka, ne postoji kod sudskog rešavanja sporova. Sada je pravo vreme za davanje odgovora, da li su sve te nesumnjive prednosti dovoljno vredne kada se uzmu u obzir svi potencijalni problemi sa kojima se susreće arbitražna odluka o M&A transakciji.

U radu je razmatran veći broj pitanja koja mogu ugroziti život, odluke donesene u arbitražnom postupku, tako što će ona biti poništena u državi svog donošenja ili nepriznata i neizvršena u državi u kojoj se to zahteva (država u kojoj dužnik iz odluke ima imovinu). Kao tri goruće tačke prepoznata je isključiva nadležnost suda kod nepokretnosti, ustanova *specific indemnities* koja se često ugovara u M&A ugovorima i pitanje domašaja arbitražnog sporazuma.

Ističemo da je od ključne važnosti da arbitri savesno pristupaju odlučivanju i da se ne upuštaju u spor ukoliko uvide da budućoj odluci preči opstanak pozivom na određene zakonske smetnje, koje su dostupne nezadovoljnoj stranci kao odbrambeno sredstvo i (u samo dva slučaja) nadležnom sudu pred koji odluka dolazi na kontrolu. Dalje, još prilikom pregovaranja o M&A transakciji, odredbama o merodavnom pravu i arbitraži nadležnoj da reši potencijalne sporove, ne treba pristupati površno, već se upustiti u duboku stručnu analizu, kako ne bi došlo do kasnijih iznenađenja u tumačenju pojedinih ključnih instituta iz transakcije ili još gore, korektora javnog poretka zbog nesaglasnosti određenih odredbi sa osnovnim postulatima društvenog uređenja države suda koji je kontroliše. Takođe, veoma je značajno da ugovorne strane sistematski i u najranijoj fazi transakcije pristupe razmišljanju o ovim pitanjima, kako se ne bi dogodilo da ugovori koji sadrže jako važna prava i obaveze ugovornih strana, budu (neočekivano) podvrgnuti različitim merodavnim pravima i nadležnim arbitražama, čime se rizikuje nekoherentnost postupaka, donošenje kontradiktornih odluka, kao i prekoračenje ovlašćenja arbitraže.

Ako se svi navedeni saveti, kao i oni prethodno razmatrani, uzmu u obzir, sve pogodnosti arbitraže definitivno opstaju, te nije ugrožen stav da je ovakav način rešavanja sporova najbolja mogućnost koja trenutno postoji za M&A transakcije. Ipak, kako bi se sve moguće neprijatnosti otklonile, kontinentalne države treba da razmotre mogućnost smanjenja raskoraka sa praksom i da svojim zakonodavstvima definitivno regulišu poznate institute iz ove transakcije, u skladu sa anglosaksonskim pravom, odakle i potiču. Čak i ukoliko to bude propušteno da se učini, M&A transakcije su svakako toliko česta i značajna aktivnost za ekonomiju celog sveta, da kroz određeno vreme opšteprihvaćeni instituti mogu da prarastu u međunarodne poslovne običaje (*lex mercatoria*), pa čak i da budu uređeni

od strane međunarodno relevantnih institucija, kao što je *The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*.

STEFAN JOVANOVIĆ  
Student at the Faculty of Law,  
University of Belgrade

## POTENTIAL PROBLEMS OF ARBITRATION AWARDS IN MERGERS AND ACQUISITIONS TRANSACTIONS

### Summary

Arbitration is the preferred method to resolve mergers and acquisitions related disputes. Nonetheless, there are several problems that a domestic or foreign arbitral award on a merger and acquisition transaction may encounter if it comes under the control of a court in annulment or recognition and enforcement proceedings, which are caused by the specifics and complexity of the transaction. The author first analyzes the positive aspects of arbitration agreement in contracts that accompany a transaction, because only its advantages over the courts can justify its frequent negotiation, despite the many problematic issues that arise. The central part of the paper deals with a detailed analysis of the issues of arbitrability, public policy and the scope of the arbitration agreement, which may be major obstacles to the survival of the arbitral award. In the end, the author draws conclusions to find ways to eliminate or at least significantly reduce the problems encountered by the arbitral award.

*Key words:* arbitration, mergers and acquisitions, arbitrability, public policy, scope of the arbitration agreement



KATARINA TOMIĆ

## CORE STANDARDS OF SUBSTANTIVE PROTECTION OF INVESTMENT UNDER ENERGY CHARTER TREATY

*The energy industry today becomes more and more important, with the fossil fuels being less used and renewable energy resources emerging. This, in conjunction with the fact that energy industry is highly regulated and that market entry costs are rather high leads to an increasing number of investment disputes arising out in connection to energy. This article aims at providing an overview of the core standards of substantive protection of investments envisaged under the Energy Charter Treaty, with the explanation of the term investment under the Energy Charter Treaty.*

Key words: *Energy Charter Treaty, Investments, Expropriation*

### INTRODUCTION

At the end of the Cold War, Western states were in need of energy resources<sup>1</sup> and faced with the security of supply crisis<sup>2</sup>, with the consumption of the energy exceeding production for 50% in the European Union<sup>3</sup>. It seemed nece-

---

Katarina Tomić, Junior Associate in Karanović & Partners law firm. The opinions expressed herein do not reflect opinions and stances of the entity in which the author is engageditor.

<sup>1</sup> Zisha Rizvi, *Energy Charter Treaty: international trends relating to energy dispute resolution*, Thomson Reuters, 2019, p. 1.

<sup>2</sup> See also Maja Stanivuković, Sanja Đajić, "Investicioni sporovi na osnovu Ugovora o energetskej povelji", *Pravna riječ*, 2014, p. 579.

<sup>3</sup> Crina Baltag, *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, 2012, p. 7.

ssary to start building a relation in the energy sector with the states of the former Eastern block<sup>4</sup>. Taking this into account, the idea of a multilateral treaty in the energy field was brought up at the meeting of the European Council in Dublin in June 1990, where the Dutch Prime Minister Lubbers suggested the establishment of a European Energy Community<sup>5</sup>. The main idea that Mr. Lubbers had was to connect East and West via cooperation in energy<sup>6</sup> – the strategy that is today known as the *Lubbers Plan*<sup>7</sup>.

This idea came into life with the set of documents, comprising of, European Energy Charter, the Energy Charter Treaty (ECT), and International Energy Charter being signed from 1991 to 2015, whereas the ECT is the only legally binding document among the mentioned<sup>8</sup>. Republic of Serbia is a signatory to the European Energy Charter and International Energy Charter, but has still not signed the ECT. In this article, firstly, the definition of the investment under the ECT will be discussed, and secondly, the core standards of investment protection under the ECT will be analysed, with the emphases to the similarities between the standards contained in the ECT and those in BITs entered by Republic of Serbia.

#### WHAT IS AN INVESTMENT UNDER THE ECT?

To understand the scope of rights and benefits granted investments under the ECT, it is necessary to understand what is deemed as an investment under the

<sup>4</sup> Simon Vorburger, Angelina M. Petti, “Chapter 11: Arbitrating Energy Disputes”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (editor M. Arroyo), Kluwer Law International, 2018, p. 1302.

<sup>5</sup> Emmanuel Gaillard, Mark McNeill, “The Energy Charter Treaty”, *Arbitration under International Investment Agreements, A Guide to the Key Issues* (editor K. Yannaca-Small), Oxford University Press, p. 39; Žarko Dimitrijević, *Sigurnost snabdevanja tržišta energenata kao pravopolitička paradigam regulatornog okvira*, University of Niš, Faculty of Law, 2015, p. 88; Timothy G. Nelson, David Herlihy, Nicholas Lawn, “The Energy Charter Treaty”, *Arbitration World: International Series* (editors K. Naim, P. Henegham), London, 2015, p. 57.

<sup>6</sup> See also Andrew Seck, “Chapter 4: Investing in the Former Soviet Union’s Oil Industry: The Energy Charter Treaty and its Implications for Mitigating Political Risk”, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade* (editor T. Wälde), Kluwer Law International, 1996, p. 120.

<sup>7</sup> See Julia Doré, “Chapter 5. Negotiating the Energy Charter Treaty”, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, (editor T. Wälde), Kluwer Law International, 1996, p. 138.

<sup>8</sup> See also Predrag Cvetković, “Povelja o energiji kao pravni okvir investiranja u sector energetike zemalja zapadnog Balkana”, *DRUŠTVENA ISTRAŽIVANJA - Časopis Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Zenica, 2007, p. 66.

ECT This idea came into life with the set of documents, comprising of, European Energy Charter, the Energy Charter Treaty (ECT), and International Energy Charter being signed from 1991 to 2015, whereas the ECT is the only legally binding document among the mentioned<sup>9</sup>. Republic of Serbia is a signatory to the European Energy Charter and International Energy Charter, but has still not signed the ECT. In this article, firstly, the definition of the investment under the ECT will be discussed, and secondly, the core standards of investment protection under the ECT will be analysed, with the emphases to the similarities between the standards contained in the ECT and those in BITs entered by Republic of Serbia.

#### WHAT IS AN INVESTMENT UNDER THE ECT?

To understand the scope of rights and benefits granted investments under the ECT, it is necessary to understand what is deemed as an investment under the ECT<sup>10</sup>.

The ECT defines an investment (*Investment*) as: “every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes: (i) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges; (ii) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise; (iii) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment; (iv) Intellectual Property; (v) Returns; (vi) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector”<sup>11</sup>.

The ECT further states that “a change in the form in which assets are invested does not affect their character as Investment”<sup>12</sup> and that the notion of Investment includes all investments existing or made at or on the date after the date of entry into force of the ECT<sup>13</sup>. Finally, the ECT provides that “Investment re-

---

<sup>9</sup> See also Predrag Cvetković, “Povelja o energiji kao pravni okvir investiranja u sector energetike zemalja zapadnog Balkana”, *DRUŠTVENA ISTRAŽIVANJA - Časopis Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Zenica, 2007, p. 66.

<sup>10</sup> E. Gaillard, M. McNeill, p. 40.

<sup>11</sup> Art. 1 (6) of the ECT.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> The ECT applies only to matter affecting such investments after the date of entry into force. The mentioned provision on non-retroactivity is in line with the international standards

fers to any investment associated with Economic Activity in the Energy Sector<sup>14</sup> and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat<sup>15</sup>. This only limiting factor to the definition of Investment<sup>16</sup> in fact shows well the sectoral nature of the ECT. In addition, taking into account the definition, which boils down to a right owned, it seems that an Investment would be deemed made when such right is fully acquired<sup>17</sup>.

Providing the wide definition of investment, as in the case of ECT, is in line with the Serbian BIT practice. For example, Serbia-Sweden BIT, sets that “investment shall comprise all assets invested in accordance with laws and regulations of each Contracting State”<sup>18</sup>. The similar approach was taken in Germany-Serbia BIT<sup>19</sup>, which in addition provides for a non-exhaustive list of investments, including movable and immovable property, pledges, shares, claims connected with investments, IP rights, etc. The manner in which Germany-Serbia BIT defines investments is very much alike to the method set in the Serbian model BIT<sup>20</sup>. Finally, Serbia-Turkey BIT from 2018, also defines investment “every kind of assets”, but further states that such assets need to be “associated with the economic activity, acquired for the purposes of establishing the long-term economic relations on

when it comes to the effectiveness of the treaties. See Article 28 of the Vienna Convention of the Law on Treaties.

<sup>14</sup> As per Art. 1 (5) of the ECT, the Economic Activity in the Energy Sector means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises.

<sup>15</sup> Art. 1 (6) of the ECT.

<sup>16</sup> E. Gaillard, M. McNeill, p. 41.

<sup>17</sup> Thomas W. Wälde, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International, 1996, p. 280.

<sup>18</sup> Art. 1 of the Agreement between the Government of Sweden and the Government of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia on the mutual protection of investments, *Official Gazette of SFRY no. 12/1979*.

<sup>19</sup> Art. 1 of the Treaty between the Federal Republic of Germany and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia concerning the Reciprocal Protection and Encouragement of Investments, *Official Gazette of SFRY no. 7/1990*.

<sup>20</sup> Art. 1 of the Serbian model BIT, available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4791/download>, 25 September 2019. However, not all BITs entered into by Serbia contain the same approach. For example, France-Serbia BIT from 1974 does not define investments at all. In contrary, Canada-Serbia BIT entered into 40 years later, in 2014, contains a list of investments and specifies what will not represent investments,

the territory of the Contracting State in accordance with its regulations and has characteristics of an investment”<sup>21</sup>.

Also, in *Amto (Latvia) v. Ukraine*<sup>22</sup>, the tribunal provided for the explanation of the definition of Investment by dividing it into the following parts: (i) the first part is the wide definition (“every kind of asset”)<sup>23</sup> illustrated by an open-ended list<sup>24</sup> of six types of rights; (ii) the second part is a clarification (covering changes in form, and a temporal qualification of the investment); and (iii) third part is a restriction as to the types of economic activity included in the definition of investment<sup>25</sup>.

The ECT defines Investment *ratione materiae* and does not make explicit reference to investors. The contrary approach was taken for example in Serbian model BIT which directly links the notion of investment to the investor by stating that investment means “every kind of assets directly invested by an investor”<sup>26</sup>. Likewise, the same approach was taken in Serbia-Switzerland BIT<sup>27</sup> and the Portugal-Serbia BIT<sup>28</sup>. However, throughout the ECT, the term Investment is often used in conjunction with the term Investor<sup>29</sup>. Accordingly, it is clear and only logical to conclude that there is no Investor without Investment<sup>30</sup>, which was also

---

<sup>21</sup> Art. 1 of the Agreement between the Government of Republic of Serbia and Government of Republic of Turkey on Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, *Official Gazette of Republic of Serbia* no. 12/2018.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> M. Stanivuković, S. Đajić, p. 582.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, 40; Clément Fouchard, “Censure de la Cour de cassation à propos de la notion d’investissement au sens du Traité sur la Charte de l’Energie, note sous Cour de cassation (1re Ch civ), 28 mars 2018”, *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, p. 566.

<sup>25</sup> *Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008. See also Maja Stanivuković, “State-Investor Disputes Connected to Foreign Investments in the Nuclear Energy Sector: A Review of the Two Cases Arising Under the Energy Charter Treaty”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2011, p. 91–110.

<sup>26</sup> Art. 1 of the Serbian model BIT.

<sup>27</sup> Art. 1 of Agreement between the Swiss Confederation and Serbia and Montenegro on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *Official Gazette of Republic of Serbia* no. 03/2006.

<sup>28</sup> Art. 1 of the Agreement between the Republic of Serbia and the Portuguese Republic on the Mutual Promotion and Protection of Investments, *Official Gazette of Republic of Serbia* no. 1/2010.

<sup>29</sup> For example, in Art. 10 (1), the ECT makes reference to the conditions for Investors to make Investments. Likewise, Art. 10 (7) mentions Investments of Investors.

<sup>30</sup> In *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, (ICSID Case No. ARB/03/24), Bulgaria asserted that the undertaking of Plama – oil refinery in Bulgaria, did not represent an Invest-

confirmed by the tribunal in the case *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*<sup>31</sup>.

In addition, two important clarifications of the term Investment have arisen in the ECT arbitral practice: (i) in *Yukos cases*<sup>32</sup> the tribunal determined the ownership referred to in the definition does not refer to beneficial ownership, meaning that the definition does not include any requirement regarding the origin of the capital, and (ii) the tribunal in *Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan case*<sup>33</sup> determined that the definition encompasses ordinary sales and trade-related transactions<sup>34</sup>.

Finally, it was questioned whether an illegal Investment can benefit from the ECT protection. In *Yukos cases*, the tribunal held that “investment treaties seek to encourage legal and bona fide investments” and that an investor violating

---

ment under the ECT, for two reasons: (i) Plama had materially misrepresented or wilfully failed to disclose its true ownership to the Bulgarian authorities, and (ii) Plama was a “mailbox company” with no substantial business activities in Cyprus, where it was incorporated. The tribunal rejected these assertions by stating that: (i) it was irrelevant who owned or controlled Plama, as Plama’s undertaking represented an Investment, and (ii) Plama was lawfully incorporated in Cyprus. See also Anna Turinova, “Investment” and “Investor” in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2009; M. Stanivuković, S. Đajić, p. 585.

<sup>31</sup> *Libananco Holdings Co. Limited (Cyprus) v. Republic of Turkey*, (ICSID Case No. ARB/06/8), Award dated 2 September 2011, p. 174.

<sup>32</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No AA 226), *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No AA 227) and *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No AA 228) are also known as the Yukos cases. These proceedings, which resulted in one of the largest arbitral awards ever, were set aside by the Hague District Court in 2016 and are now in the appeal proceedings before Hague Court of Appeal. See Milena Đorđević ”Uloga sekretara arbitražnog veća: Pepeljuga ili Dartanjan”, *Pravo i privreda*, 2018, p. 328-331. It is also worth mentioning that the temporal scope of the ECT was also discussed in Yukos cases. In particular, Russian Federation claimed, on the basis of Art. 45 of the ECT, that the investment protection standards were not in force in Russian Federation because they were not compliant with the national laws. The tribunal found in the decision on admissibility Art. 45 of the ECT provides for provisional application when such provisional application is not inconsistent with the national laws – which was not the case with Russian Federation. See Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

<sup>33</sup> *Petrobart Ltd. (Gibraltar) v. Kyrgyzstan*, SCC – Case No 126/2003. See also Marko Jovanović, *Odgovornost države za zaštitu stranih ulaganja*, University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade, 2014, p. 166-167.

<sup>34</sup> There are also opinions which are not completely in line with this reasoning. For example, French Court of Cassation (fr. Cour de cassation) concluded, with respect to the *Energoalians TOB v. Republic of Moldova*, UNCITRAL, that the right of claim arising from an electric power supply contract cannot constitute an Investment under the ECT.

the host state's laws should not benefit from the ECT<sup>35</sup>. This issue is still subject to discussions, but, in *Mamidoil v. Albania*<sup>36</sup>, the tribunal held that “not every type of non-compliance with national legislation bars the protection of an investment.” and that if the illegality is not linked to the substance of the Investment, it will not affect jurisdiction.

As a conclusion, the manner in which the Investment is defined under the ECT is rather typical<sup>37</sup> and very BIT-alike – it is very broad<sup>38</sup> and aims at including all sorts of investment forms<sup>39</sup>. Generally speaking, it is very common<sup>40</sup> for the investment treaties to define investments as “every kind of asset”<sup>41</sup> – for example, the new North American trade agreement, the USMCA<sup>42</sup>, also accepted this approach.

#### CORE STANDARDS OF SUBSTANTIVE PROTECTION

The core substantive Investment protection standards are contained in Part III of the ECT: in Articles 10–17. This Part III tends to decrease non-commercial

---

<sup>35</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation* (PCA Case No. AA 226), Final Award, 18 July 2014, p. 430.

<sup>36</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24).

<sup>37</sup> See Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 62.

<sup>38</sup> Alexandra Diehl, “The Core Standard of International Investment Protection”, *International Arbitration Law Library*, Kluwer Law International, 2012, p. 109.

<sup>39</sup> Jeswald W. Salacuse, “Chapter 14. The Energy Charter and Bilateral Investment Treaty Regimes”, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, (editor T. Wälde), Kluwer Law International, 1996, p. 331.

<sup>40</sup> However, ICSID Convention for example does not have a definition of “investment”. It is left to the practice to define *pro futuro* criteria investment. In this respect, see *Salini v. Morocco* case (ICSID Case No. ARB/00/4) and Laurens J.E. Timmer, “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.

<sup>41</sup> For example, the France–Turkey BIT, the Portugal–Bulgaria BIT, the Germany–North Macedonia BIT, coexisting with the ECT, all contain the broad definition of the investment, encompassing “all kinds of assets”.

<sup>42</sup> NAFTA, or North American Free Trade Agreement, was signed between United States, Mexico and Canada that came into force on 1 January 1994, and was renegotiated under the President Trump’s government. As a result, the USMCA was signed on 30 November 2018 and is expected to enter into force in 2020.

risks that emerge in the energy sector<sup>43</sup>. It is the breach of these standards that entitles the Investor to seek resort pursuant to the dispute resolution mechanism, set out in Art. 26 of the ECT.

#### *Fair and Equitable Treatment*<sup>44</sup>

In Article 10(1), the ECT introduces the fair and equitable treatment (*FET*) obligation. In particular, Contracting Parties are under obligation to encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for making Investments, whereas such conditions include, among others, a commitment to accord FET. It arises from this formulation that the ECT did not introduce the FET as a direct obligation of the Contracting Parties<sup>45</sup>, and that it is subject to interpretation what would be deemed as compliant with the FET standard. In international investment law practice, it is held by the arbitral tribunals that the terms “fair” and “equitable” mean “just”, “even-handed”, “unbiased”, “legitimate”<sup>46</sup>.

In the context of Art. 10(1) of the ECT, the case worth mentioning is the *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*<sup>47</sup>. In particular, Vattenfall alleged, among other, that Germany breached the ECT by the delaying the administrative procedure for issuance of the permit for political reasons and Germany alleged that all actions it had undertaken were in accordance with the EU law<sup>48</sup>. This case, which was settled between the parties, is important for two reasons: (i) this is the first case against

<sup>43</sup> M. Jovanović, p. 87.

<sup>44</sup> The fair and equitable treatment standard appears in the economic treaties entered into after the World War II. For example, the Havana Charter provides for promotion of to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology. Likewise, the OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property prescribes the obligation to ensure FET to the nationals of other Parties (as defined in it). See also Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009.

<sup>45</sup> J. W. Salacuse, p. 340.

<sup>46</sup> This was expressed in *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL and *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7).

<sup>47</sup> Vattenfall is a Swedish company that was involved in construction and operation of a coal power plant in Hamburg. The dispute concerned the alleged breach of the ECT by Germany with-in the process of issuing of the relevant water permits to Vattenfall (ICSID Case No. ARB/09/6). See also A. Diehl, p. 99-101.

<sup>48</sup> See Catharine Titi, “Are Investment Tribunals Adjudicating Political Disputes?: Some Reflections on the Repoliticization of Investment Disputes and (New) Forms of Diplomatic Protection”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, p. 277.



Germany for breach of investment obligations, and (ii) during this dispute the question arose whether an action in accordance with the EU law could amount to the breach of the ECT<sup>49</sup>.

The question of what would particularly fall into the scope of FET is definitely left to the case-by-case analysis<sup>50</sup> and interpretation of FET boils down to the analysis whether a state's action in a particular situation was fair and equitable<sup>51</sup>. It should be however noted that FET standard does not allow tribunals to decide the cases on the basis of what they deem to be fair and equitable (i.e. *ex aequo et bono*)<sup>52</sup>. Furthermore, FET standard being widely accepted in international investment law<sup>53</sup>, it is generally deemed to include, among others, the right to fair procedure, granting of non-discrimination, granting of the stability of the investors' legitimate expectations<sup>54</sup>, right to transparency and ensuring the proportionality of state's measures<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> Interestingly, in 2012, a new dispute arose between Vattenfall and Germany. Vattenfall alleges that Germany breached the ECT by enacting laws for phasing out nuclear power plants by 2022. This case, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (II) (ICSID Case No. ARB/12/12) is still pending.

<sup>50</sup> For more recent ruling upon the breach of the FET, see *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11.

<sup>51</sup> Roland Kläger, "Chapter 11: 'Fair and Equitable Treatment' and Sustainable Development", *Sustainable Development in World Investment Law*, (editors C. Segger, Gehring, et al.), Global Trade Law Series, Kluwer Law International, 2011, p. 244.

<sup>52</sup> See A. Newcombe, L. Paradell, p. 275.

<sup>53</sup> For example, in *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), decided in accordance with the Mexico-Spain BUT, also known as the Tecmed case, the tribunal found that in light of the good faith principle established by international law, the FET standard requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. This reasoning was further accepted by the tribunal in the *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL.

<sup>54</sup> The standard of legitimate expectations was also referred to in *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/15) and *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*. See also Xavier Taton and Guillaume Croissant, "Judicial Protection of Investors in the European Union: The Remedies Offered by Investment Arbitration, the European Convention on Human Rights and EU Law", *Indian Journal of Arbitration Law*, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, 2018, and R. Dolzer, C. Schreuer, p. 115-116.

<sup>55</sup> *Ibidem.*, 246-249; Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2015, p. 435.

Finally, the FET standard in the ECT is comparable to the BITs entered into by Serbia. Apart from the Serbian model BIT, which provides for FET in Article 2, FET treatment standard is contained, among others, in BITs entered into with United Kingdom<sup>56</sup> and Nigeria<sup>57</sup>.

### *Most Constant Protection and Security*

The ECT prescribes that the Investment “shall enjoy the most constant protection and security and that no Contracting Party shall impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of Investment in any way”<sup>58</sup>. The standard of most constant protection and security is rather typical in the international investment law<sup>59</sup> and is also present in Serbian BIT practice – for example in Hungary-Serbia BIT<sup>60</sup>. It seems to imply the obligation of the Contracting Parties to take active measures to ensure protection of Investments from negative effects<sup>61</sup>, and practically boils down to the obligation of the Contracting Parties to take the due diligence<sup>62</sup>. Usually in international investment law, this standard is deemed to encompass physical protection against private violence and violence against state authorities and legal protection<sup>63</sup>. What seems to be controversi-

---

<sup>56</sup> Article 2 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Federal Republic of Yugoslavia for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, *Official Gazette of FRY*, no. 10/2004.

<sup>57</sup> Article 3 of the Agreement between FRY and Republic of Nigeria on Mutual Encouragement and Protection of Investments, *Official Gazette of FRY*, no. 3/2003.

<sup>58</sup> Art. 10 (1) of the ECT.

<sup>59</sup> The wording used for designation of this standard in international investment treaties may vary – the used are also “full protection and security”, “complete and adequate protection and security”, etc. See also A. Newcombe, L. Paradell, p. 308.

<sup>60</sup> Article 2 of Agreement Between the Government of the Republic of Hungary and the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *Official Gazette of FRY*, no. 9/2004.

<sup>61</sup> Christoph Schreuer, “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 1. See also *AES Summit Generation Limited v. Republic of Hungary* (I) (ICSID Case No. ARB/01/4), where the tribunal found that the full protection and security standard does not impede the states to regulate a certain question in a manner which could have a negative effect to the investment and Maja Stanivuković, “Stabilizaciona klauzula i klauzula zaštite stečenih prava”, *Liber Amicorum Gašo Knežević*, Univerzitet u Beogradu, Udruženje za arbitražno pravo, Beograd, 2016, p. 570–571.

<sup>62</sup> C. Schreuer, 2; Aleksandar Ćirić, Predrag Cvetković, “Načelo pune zaštite i sigurnosti strane investicije”, *Pravo i Privreda*, Vol. 7–9, 2016, 164; G. B. Born, p. 436.

<sup>63</sup> C. Schreuer, p. 2–10.

al is the link between the FET standard and the most constant protection and security standard<sup>64</sup>.

While the FET standard seems to consist of obligation to avoid unfair and inequitable behaviour, the obligation of full protection and security implies ensuring factual and legal framework for granting security and taking measures to protect the investment against adverse actions<sup>65</sup>.

### *Minimum Standard Treatment*

The minimum standard treatment (MST) is a part of the customary international law and represents a minimum set of principles which states, regardless of their legislation, must respect when dealing with foreign nationals and property<sup>66</sup>. However, the specific meaning of the concept of the MST is still not fully established<sup>67</sup>. OECD Working Papers on International Investments state that the MST usually covers the following areas: (i) the administration of justice in cases involving foreign nationals, usually linked to the notion of denial of justice; (ii) the treatment of aliens under detention; (iii) full protection and security<sup>68</sup>.

The ECT prescribes that the Investments shall not be accorded the treatment less favourable than required by international law, including treaty obligations<sup>69</sup>. In addition, the ECT states that, in case where other international treaties exist, the provision of Part III or V of the ECT will not apply only if such treaty envisages more favourable provisions for Investors or Investments<sup>70</sup>.

Same as for most constant protection and security, it is debated what are the intersections between the FET and the MST. It is deemed that the FET represents

---

<sup>64</sup> P. Cvetković, p. 70.

<sup>65</sup> C. Schreuer, p. 14.

<sup>66</sup> OECD Working Papers on International Investment, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Publishing, 2004, 8, fn. 32.

<sup>67</sup> UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II: Fair and Equitable Treatment, United Nations Conference on Trade and Development, New York–Geneva, 2012, 44.

<sup>68</sup> OECD Working Papers on International Investment, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law" p. 9, fn. 34.

<sup>69</sup> Art. 10 (1) of the ECT.

<sup>70</sup> Art. 16 of the ECT.

one of the elements of the MST<sup>71</sup> and certain investment treaties, such as NAFTA<sup>72</sup>, explicitly link FET to the MST<sup>73</sup>.

### *Most-Favoured Nation and National Treatment*

The most-favoured nation (MFN) and the national treatment standards represent two prongs of a wider non-discrimination standard in investment law. What is more, the national treatment may be seen as crucial pre-condition for ensuring the market based investments and efficient flow of capital and resources<sup>74</sup>. When it comes to the ECT, the Contracting Parties are obliged to accord to Investments of Investors and their related activities: (i) treatment no less favourable than that which they accord to Investments of their own Investors, i.e. national treatment; or (ii) treatment no less favourable than that which they accord to Investors of any other country signatory to the ECT or any third party state and their related activities, i.e. MFN treatment, whichever is the most favourable<sup>75</sup>.

Generally, the scope of application of the national treatment in BIT practice is usually sought to be limited by the states, mostly because of the recognized differences in financial and technological resources available to local and foreign investors<sup>76</sup>. In case of the ECT, the national treatment and MFN are set as hard law obligations only in the post-investment phase. However, the MFN and national treatment obligations serve for the purposes of ensuring the equality of opportunity<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> OECD Working Papers on International Investment, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", p. 9.

<sup>72</sup> NAFTA envisaged, and now USMCA prescribes that "Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security".

<sup>73</sup> UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II: Fair and Equitable Treatment, p. 23.

<sup>74</sup> David Jenkins, "Chapter 8. An Oil and Gas Industry Perspective", *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, (editor T. Wälde), Kluwer Law International, 1996, p. 191.

<sup>75</sup> Art. 10 (7) of the ECT.

<sup>76</sup> J. W. Salacuse, p. 340.

<sup>77</sup> The MFN and national treatment obligation exist also in GATT 1994. See Peter Van Den Bossche, Denise Prévost, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 15.

The investments are accorded the same treatment through the BITs entered into by Serbia. In particular, BITs with Austria<sup>78</sup>, Greece<sup>79</sup> and Italy<sup>80</sup>, among others, contain typical MFN and national treatment obligations.

### Expropriation

It is well established in international law that the property of foreigners cannot be taken, whether in public interest or not, without appropriate compensation<sup>81</sup>, and that accordingly, foreigners should be protected against unlawful expropriation.

The ECT protects Investors against nationalisation, expropriation or a measure or measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation<sup>82</sup> (*Expropriation*). Accordingly, the ECT protects Investors against direct expropriation (involving taking of the physical possession or legal title<sup>83</sup>), indirect expropriation (involving measures that diminish the value of an investment<sup>84</sup>), and creeping expropriation (resulting from a series of measures<sup>85</sup>).

In particular, under the ECT, the Expropriation is prohibited, unless such Expropriation is<sup>86</sup>:” (i) for a purpose which is in the public interest; (ii) not discrim-

---

<sup>78</sup> Article 3 of the Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Federal Republic of Yugoslavia for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *Official Gazette of FRY*, no. 1/2002.

<sup>79</sup> Article 3 of the Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *Official Gazette of FRY*, no. 2/1998.

<sup>80</sup> Article 3 of Agreement between the Government of the Federal Republic of Yugoslavia and the Government of the Republic of Italia on Reciprocal Promotion and Protection of Investment, *Official Gazette of FRY*, no. 1/2001.

<sup>81</sup> OECD Working Papers on International Investment, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, OECD Publishing, 2004, p. 2.

<sup>82</sup> Art. 13 (1) of the ECT. Also, in Art. 13 (3) of the ECT, ECT also clarifies that the Expropriation includes situations of expropriation of assets of a company, including through ownership of shares.

<sup>83</sup> G. Born, p. 436.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*. In addition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements: Taking of Property (United Nations, New York and Geneva, 2000) define creeping expropriation as “slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of its investment” (available at: <https://unctad.org/en/docs/psiteiid15.en.pdf>, 2 September 2019).

<sup>86</sup> Art. 13 (1) of the ECT.

minatory; (iii) carried out under due process of law; and (iv) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation<sup>87</sup>, amounting to the fair market value of the Investment<sup>88</sup>”.

The ECT rules relating to expropriation are very much alike to the Serbian investment rules and practice. Firstly, the same concept of protection against expropriation is contained in the Serbian Investment Law<sup>89</sup>. Secondly, Serbian BIT practice covers the expropriation issue in the manner – Serbian model BIT, Denmark-Serbia BIT<sup>90</sup> and Lithuania-Serbia BIT<sup>91</sup> all contain provisions on protection of investment against illegitimate expropriation.

In addition, the ECT specified that the Expropriation rules will apply to taxes<sup>92</sup>. It is held in international practice that a tax measure can be deemed as expropriatory if the intention was to impair the ownership of economically productive assets in such way to invoke liquidation<sup>93</sup>.

The understanding of the notion of due process can be extracted from the OECD Draft Convention of Foreign Property, which states that that the due pro-

<sup>87</sup> The requirement of “prompt, adequate, and effective” compensation in case of expropriation is part of the Hull Rule, established during the Chorzow Factory Case. See also Suzy H. Nikiema, *Compensation for Expropriation*, International Institute for Sustainable Development, 2013 and Muthucumaraswamy Sornarajah, “Chapter 17. Compensation for Nationalization: The Provision in the Energy Charter”, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, (editor T. Waäde), Kluwer Law International, 1996; M. Stanivuković, S. Đajić, p. 588–589.

<sup>88</sup> These four requirements for the legality of expropriation are deemed to be a part of customary international law. See R. Dolzer, C. Schreuer, p. 99. See also Samantha J. Rowe, Aimee-Jane Lee and Maxim Osadchii, “Compensation in Energy Arbitration”, *The Guide to Energy Arbitrations*, Global Arbitration Review, 2019, and Mark W. Friedman, Dietmar W. Prager and Ina C. Popova, “Expropriation and Nationalisation”, *The Guide to Energy Arbitrations*, Global Arbitration Review, 2019.

<sup>89</sup> Article 6 of the Investment Law, *Official Gazette of RS, nos. 89/2015 and 95/2018*. See also Vladimir Pavić, “Odlučnim polukorakom napred – osvrt na Zakon o ulaganjima”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 2016, 75–76 and Investment Policy Review, South-East Europe, United Nations, New York and Geneva, 2017, p. 13.

<sup>90</sup> Article 5 of the Agreement between the Republic of Serbia and the Kingdom of Denmark on Encouragement and Mutual Protection of Investments, *Official Gazette of RS, no. 105/2009*.

<sup>91</sup> Article 5 of the Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Council of Ministers of Serbia and Montenegro on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *Official Gazette of RS, no. 10/2005*.

<sup>92</sup> It is prescribed that whenever a tax is alleged to constitute an expropriation, an Investor should refer to a competent tax authority which will then strive to resolve the issues. If the issues are not resolved, an Investor may rely on the ECT dispute resolution mechanism. See Art. 21 (5) of the ECT.

<sup>93</sup> T. W. Wälde, p. 301.

cess is not exhausted by reference to the national law, but that the due process of law needs to correspond to the international law principles<sup>94</sup>. This understanding of due process was accepted by the tribunal in the case *Ioannis Kardassopoulos (Greece) v. Georgia*<sup>95</sup>.

Furthermore, the circumstances under which direct expropriation occurs are generally clear and not subject to dispute<sup>96</sup> and the cases of indirect and creeping expropriation are more complex. When it comes to the indirect expropriation, it exists if a certain act of a state is materially the same as if the investment had been nationalized or directly expropriated, i.e. an investor would need to prove that his investment lost all significant economic value<sup>97</sup>. In *Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation*<sup>98</sup> (i.e. one of the *Yukos cases*<sup>99</sup>), the tribunal found that the Russian Federation did not explicitly expropriate Yukos or the holdings of its shareholders, but that measures taken in respect of Yukos had an effect “equivalent to nationalization or expropriation”. These measures were: frustration of merger of Yukos with Sibneft, tax reassessments and fines, freezing of shares and assets, threatened revocation of oil licences, and forced sale of Yukos’ oil production subsidiary, etc.

As for the creeping expropriation, characterized by a series of actions, it was established in the *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, that it would occur on “the date on which the incriminated actions first lead to a depri-

---

<sup>94</sup> OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, p. 19.

<sup>95</sup> *Ioannis Kardassopoulos and RON FUCHS v. Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15.

<sup>96</sup> Jordi Ibiza, “Advantages and disadvantages of arbitration under the ECT: An investor’s perspective before a new European renewable energy panorama”, *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, 2016, p. 113.

<sup>97</sup> In *Electrabel SA v. Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/07/19, Electrabel SA claimed that early termination of the PPA represented indirect expropriation. However, the tribunal found that Hungary did not deprive the owner of the use of the power plant, equipment or other real property and that the “business, taken as a whole, was not rendered financially worthless by the PPA’s early termination but has continued thereafter as an economic concern competing in Hungary’s electricity market”, with the plant being still operational and operated by the same entity. See also Markus Burgstaller, Expropriation in international investment law, Practical Law UK Practice Note.

<sup>98</sup> *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No AA 228), Award from 18 July 2014, p. 497.

<sup>99</sup> See also Tim R. Samples, “Winning and Losing in Investor–State Dispute Settlement”, *American Business Law Journal*, 2019, and Tatsiana Ushakova, “El caso Yukos desde una óptica multidimensional, con especial referencia a los problemas de competencia”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, 2015.

vation of the Investor's property that crossed the threshold and became equivalent to an expropriation"<sup>100</sup>. Generally speaking, for an expropriation to occur, a significant degree of deprivation of property rights is needed<sup>101</sup>.

It arises from the above that the ECT provides for protection of Investments against unlawful expropriation which is in line with the international law standards. However, what might need some clarifications is the notion of indirect expropriation, which was recognized by EC and approved as one of the topics for modernisation of the ECT in 2018<sup>102</sup>.

### *Compensation of Losses*

Another significant protection measure provided by the ECT is the right of compensation in case of political instability. In particular, under the ECT, in case where an Investor has suffered a loss because of a "war or other armed conflict, state of national emergency, civil disturbance or other similar event (except Expropriation), a Contracting Party is obliged to pay him a restitution, indemnification, compensation or other settlement, under the conditions which are the most favourable of that accorded to local Investors, Investor of any other Contracting Party or any third state"<sup>103</sup>. Furthermore, the ECT provides that, without prejudice to this general rule of compensation of losses, in case where an Investor suffers a loss "resulting from: (i) requisitioning of its Investment or part thereof by the state's forces or authorities; or (ii) destruction of its Investment or part thereof by the state's forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, it shall be accorded restitution or compensation which in either case shall be prompt, adequate and effective"<sup>104</sup>.

Accordingly, the ECT makes difference between situation in which a Contracting Party is involved in the losses suffered and the cases in which the losses

---

<sup>100</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation* (PCA Case No. AA 226), Final Award, 18 July 2014, p. 543.

<sup>101</sup> M. Burgstaller, p. 15.

<sup>102</sup> More information is available on: [https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/?tx\\_news\\_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx\\_news\\_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=3da319e52a78fa54058bc2c08eccc214](https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=3da319e52a78fa54058bc2c08eccc214), 7 September 2019.

<sup>103</sup> Art. 12 (1) of the ECT.

<sup>104</sup> By stating that the compensation will be prompt, adequate and effective, the ECT makes once again reference to the Hull Rule and brings closer the compensation of losses to the expropriation regime.



are not dependent upon it<sup>105</sup>. In case of losses not caused by a Contracting Party, the criterion is not whether the compensation should be paid on the basis of the applicable mandatory rules, by rather whether such compensation is paid in practice to other Investors<sup>106</sup>.

Provisions granting investors with the right to claim and be awarded with the compensation for losses suffered in cases of war, conflicts, riots etc. are also present in the Serbian BIT practice. For example, China-Serbia BIT<sup>107</sup>, Netherlands–Serbia BIT<sup>108</sup> and Kuwait-Serbia BIT<sup>109</sup> all contain compensation of losses clauses.

### *Freedom of Transfer*

The possibility of repatriating the profits and earnings from a foreign investment project is crucial for the investors<sup>110</sup>. Under the ECT, the Contracting Parties guarantee the freedom of transfer, including “the transfer of: (i) the initial capital plus any additional capital for the maintenance and development of an Investment; (ii) Returns, (iii) payments under a contract, including amortisation of principal and accrued interest payments pursuant to a loan agreement; (iv) unspent earnings and other remuneration of personnel engaged from abroad in connection with that Investment; (v) proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an Investment; (vi) payments arising out of the settlement of a dispute; (vii) payments of compensation pursuant to right to compensation of losses and in case of Expropriation”<sup>111</sup>. This list is non-exclusive, meaning that the Contracting Parties under the ECT guarantee the freedom of all transfers related to Investments (as the title of this Article in the ECT suggests).

---

<sup>105</sup> A. Seck, p. 126.

<sup>106</sup> T. W. Wälde, p. 299.

<sup>107</sup> Article 5 of the Agreement between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Federal Republic of Yugoslavia Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, *Official Gazette of FRY*, no. 4/1996.

<sup>108</sup> Article 7 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federal Republic of Yugoslavia, *Official Gazette of FRY*, no. 12/2002.

<sup>109</sup> Article 5 of Agreement between Serbia and Montenegro and Kuwait on Mutual Promotion and Protection of Investment, *Official Gazette of Serbia and Montenegro*, no. 2/2005.

<sup>110</sup> J. W. Salacuse, p. 342.

<sup>111</sup> Art. 14 (1) of the ECT.

The ECT sets certain exceptions to the freedom of transfer (same as the BITs in general<sup>112</sup>) prescribing that the “Contracting Parties:

(i) may protect the rights of creditors, or ensure compliance with laws on the issuing, trading and dealing in securities and the satisfaction of judgments in civil, administrative and criminal adjudicatory proceedings, through the equitable, non-discriminatory, and good faith application of its laws and regulations<sup>113</sup>;

(ii) from the former Soviet Union may enter into agreement under which the transfers between themselves will be made in their local currencies, provided that Investments of Investors of other Contracting Parties will not be treated less favorably than either Investments of Investors of the Contracting Parties which have entered into such agreements or Investments of Investors of any third state<sup>114</sup>; and

(iii) may restrict the transfer of a Return in kind in circumstances where the Contracting Party is permitted under Article 29(2)(a) or the WTO Agreement to restrict or prohibit the exportation or the sale for export of the product constituting the Return in kind; provided that a Contracting Party shall permit transfers of Returns in kind to be effected as authorised or specified in an investment agreement, investment authorisation, or other written agreement between the Contracting Party and either an Investor of another Contracting Party or its Investment”<sup>115</sup>.

The exception in respect of the Returns in kind is significant as it shows that the freedom of transfer actually covers payments in-kind. This is not typical as the BITs usually cover only monetary payments by the freedom of transfer rules<sup>116</sup>.

The freedom of transfer is also typically granted to the investors under the Serbian BITs. For example, BITs with Croatia<sup>117</sup> and with United Arab Emirates<sup>118</sup> both contain provisions on free transfer of amounts of money in connection to the investments.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Art. 14 (4) of the ECT.

<sup>114</sup> Art. 14 (5) of the ECT.

<sup>115</sup> Art. 14 (6) of the ECT.

<sup>116</sup> J. W. Salacuse, 343.

<sup>117</sup> Article 7 of the Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *Official Gazette of FRY*, 10/2001.

<sup>118</sup> Article 7 of the Agreement between the Republic of Serbia and United Arab Emirates on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *Official Gazette of Republic of Serbia*, 3/2013.

### *Key Personnel*

One of the most important operation conditions, often seen in the BITs, is the right of the investor's employees to be able to enter and operate the investment in the host country<sup>119</sup>. The drafters of the ECT properly recognized this and the ECT prescribes that the Contracting Parties need to permit the Investors having the Investments to employ the key personnel regardless of their nationality or citizenship, under the conditions "that: (i) such key persons are permitted to enter, stay and work in the Contracting Parties from which such Investors come from; and (ii) the employment in questions conforms to the terms, conditions and time limits of the permission granted to such key person"<sup>120</sup>.

### CONCLUSION

There is no doubt that the ECT provides for a wide set of standards of substantive protection to the Investors and that the protection granted under the ECT is similar, both to international investment law standards and to standards seen in Serbian BIT practice.

However, the broad scope of rights granted to the investors under the ECT might turn out to be too onerous for the host states. This was in fact the case with Russian Federation, which, further to the decisions in Yukos cases awarding investors with US\$ 50 billion in damages, confirmed its intention not to be considered as a signatory to the ECT in April 2018. What is more, the standards of protection might appear as green light for the investors to go against the host states for almost every action that does not conform them. For example, in September 2019, Russian Nord Stream 2 initiated arbitration proceedings against European Union claiming that it is in breach of the obligations under the ECT because of the application of the internal gas rules. It is yet to be seen what will be the outcome of these proceedings and what impact will they have on future energy disputes.

Finally, when it comes to Republic of Serbia – if and when it signs and ratifies the Energy Charter Treaty, it will for sure have lessons learnt from the ECT practice so far, with the new lessons to emerge with respect to Serbian energy market.

---

<sup>119</sup> J. W. Salacuse, p. 343.

<sup>120</sup> Art. 12 (2) of the ECT.

KATARINA TOMIĆ<sup>121</sup>  
pripravnik u advokatskoj kancelariji  
Karanović & Partners

## KLJUČNI STANDARDI MATERIJALNO-PRAVNE ZAŠTITE INVESTICIJA PO UGOVORU O ENERGETSKOJ POVELJI

### Summary

Industrija energetike danas postaje sve važnija i važnija, imajući u vidu sve manju upotrebu fosilnih izvora i pojavu obnovljivi izvora energije. Ovo, uz činjenicu da je industrija energetike jako regulisana i da su troškovi ulaska na tržište veoma visoki dovodi do povećanog broja investicionih sporova u vezi sa energetikom. Ovaj članak teži ka tome da pruži pregled ključnih standarda materijalno-pravne zaštite investicija predviđenih Ugovorom o Energetskoj povelji, uz pojašnjenje pojma investicije po Ugovoru o Energetskoj povelji.

Ključne reči: Ugovor o Energetskoj povelji, investicije, eksproprijacija

---

<sup>121</sup> Mišljenja izražena u ovom radu ne odražavaju mišljenje i stavove institucije u kojoj je autor angažovan.

PREDRAG TRIFUNOVIĆ

### OTKAZ ZBOG NEZAKONITOG ŠTRAJKA

*Rad se bavi prevashodno sudskom praksom u vezi sa prestankom radnog odnosa kod poslodavaca u opštem režimu zbog nezakonito organizovanog ili nezakonitog sprovođenja štrajka. Autor se zalaže za preciziranje i posebno definisanje odgovornosti organizatora i razlikovanje od običnih učesnika; naglašava nužnost individualizacije i utvrđivanje pojedinačne krivice, predlaže poboljšanje određenih zakonodavnih rešenja i ističe potrebu donošenja novog Zakona o štrajku radi usaglašavanja sa Ustavom.*

*Ključne reči: štrajk, nezakonitost, otkaz, sud, organizator, učesnik, krivica, zabluda, najava, mesto okupljanja, sudska praksa*

#### U V O D

SR Jugoslavija (skraćena i umanjena) raspala se, Zakon o radu se za 20 godina tri puta menjao i dopunjavao, a Zakon o štrajku iz 1996. godine je opstao. Sve radne verzije (najmanje četiri) i pokušaji usaglašavanja sa Ustavom zbog sukoba interesa između rada i kapitala propale su (poslednja iz aprila 2018. godine).

Štrajk<sup>1</sup> (prekid rada) je (ne samo) srpska realnost. Sociološki uzroci su mnogostruki: slaba privreda, osiromašena ranijim sankcijama i ratom, lošim privatizacijama praćenim rasprodajom imovine, neodgovornim rukovođenjem, ne-

---

Predrag Trifunović, sudija Vrhovnog kasacionog suda, u penziji.

<sup>1</sup> Eng. "strike" vodi poreklo od *to strike sail* i znači zaustaviti plovidbu; prvobitno je predstavljalo krivično delo, kasnije građanski delikt, u nekim pravima pravno neregulisan (u Engleskoj postoji sloboda štrajka); u našoj zemlji postao je ustavno pravo počev od 1988. godine. Po Evropskoj socijalnoj povelji (1961. godina) štrajk je pravo koje se priznaje sindikatima.

poštovanjem prava zaposlenih, slabom sindikalnom organizovanošću, nepoverenjem u zakonite načine rešavanja kolektivnih radnih sporova itd. Nabranjanje nije iscrpno.

Kada se individualno nezadovoljstvo pretvori u kolektivno (kod poslodavca najčešće zbog neisplaćenih zarada), a sudski i alternativni način rešavanja sporova ne daju rezultat, sami zaposleni ili uz pomoć sindikata, udružuju se, organizuju i kao poslednje sredstvo kolektivno prekidaju rad, lišavaju se zarade i vrše ekonomski pritisak (udar) na poslodavca, množinu poslodavaca ili državu radi ispunjenja njihovih, najčešće profesionalnih, ekonomskih ili socijalnih zahteva (najšira definicija štrajka).

Ali, pošto je štrajk najčešće "poslednje sredstvo" sa značajnim i često nepredvidivim posledicama<sup>2</sup>, ne sme biti "divlji", sa "pravilima ulice", već "organizovan" i sproveden po zakonu. Nepoštovanje pravila (Zakona o štrajku i kolektivnih ugovora) o uslovima, cilju, najavi, održavanju minimalnog procesa rada u tzv. "vitalnim službama", sredstvima, bezbednošću, nenanošenju štete, čine štrajk nezakonitim. Ako je štrajk nezakonit, poslodavac može (a ne mora) da raskine ugovor o radu.

U takvom ambijentu sa mnogo spornog funkcionise i sudska praksa.

Ako ostavimo po strani neka ključna pitanja koja mogu imati uticaja na zakonitost štrajka, a time i na prestanak radnog odnosa (različiti tipovi štrajka, ograničenja u vitalnim službama, ograničenja u pogledu tzv. "korisnika štrajka", komplikovanost procedure, pomenimo najbitnije (najspornije), o čemu ćemo se u narednim izlaganjima baviti:

– značenja člana 14. i člana 18. Zakona o štrajku<sup>3</sup>;

<sup>2</sup> Svaki prekid rada (štrajk) bez obzira da li je zakonit ili nezakonit ima više posledica: a) ekonomske – gubitak dobiti za poslodavca je gubitak zarade zaposlenog; b) sociološke – učestali i brojni štrajkovi odražavaju krizu jednog društva; v) političke – krize koja može dovesti do promene vlasti i prevremenih izbora; g) pravne posledice (najznačajnije za sudsku praksu) koje mogu biti: radno-pravne, građansko-pravne, prekršajne i krivične

<sup>3</sup> Član 14. Zakona o štrajku: "Organizovanje štrajka, odnosno učesće u štrajku pod uslovi- ma utvrđenim ovim zakonom ne predstavlja povredu radne obaveze, ne može biti osnov za pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske i materijalne odgovornosti zaposlenog i ne može za posledicu imati prestanak radnog odnosa zaposlenog. Zaposleni koji učestvuje u štrajku ostvaruje osnovna prava iz radnog odnosa, osim prava na zaradu, a prava iz socijalnog osiguranja – u skladu sa propisima o socijalnom osiguranju. Organizatori štrajka, odnosno učesnici u štrajku koji nije organizovan u skladu sa ovim zakonom neće uživati zaštitu utvrđenu u st. 1. i 2. ovog člana." Član 18. Zakona o štrajku: "Zaposlenom u državnom organu, profesionalnom pripadniku Vojske Jugoslavije i pripadniku policije prestaje radni odnos kada se utvrdi da je organizovao štrajk ili učestvovao u štrajku. Član štrajkačkog odbora ili učesnik u štrajku koji štrajk organizuje i vodi na način kojim se

- da li najmanja nezakonitost ima za posledicu otkaz;
- da li sudska praksa pridaje značaj stvarnoj i pravnoj zabludi u pogledu zakonitosti štrajka;
- da li su “najava štrajka” i “mesto okupljanja” od takvog značaja da njihovo nepoštovanje ima za posledicu prestanak radnog odnosa.

Rad prvenstveno analizira prestanak radnog odnosa u slučaju štrajka kod poslodavca u opštem režimu; potencira nužnost individualizacije odgovornosti; ulogu sudske prakse; izlaže određena rešenja u vezi sa pripremom novog Zakona o štrajku (poslednja verzija); sadrži i kratak osvrt na zakonodavna rešenja u regionu (samo u vezi sa temom).

Pre analize zakonodavnih rešenja radi razumevanja problema prethodno izložimo nekoliko karakterističnih primera iz sudske prakse:

## TIPIČNI SLUČAJEVI

### I

Radnici proizvodnog pogona zaustavili su mašine i obustavili rad, a da nisu uopšte tuženom poslodavcu dostavili nikakvu prethodnu najavu o organizovanom štrajku, niti su jasno formulisali svoje zahteve, niti su odredili predstavnike za razgovor radi razrešenja spora u vezi sa isplatom zarade. Tužilac nije isticao okolnosti koje bi ukazivale da je štrajk bio zakonit (smatrao je da je rešenje o otkazu nezakonito zbog nepravilnog dostavljanja - Rev 690/14 od 26.12.2014. godine).

### II

Reprezentativni sindikat je doneo odluku o stupanju u štrajk upozorenja, a posle toga i odluku o stupanju u štrajk sa formiranim štrajkačkim odborom i formulisanim zahtevima. Kao mesto štrajka određen je krug preduzeća. U stvarnosti štrajk se odvijao u blizini kapije preduzeća i zaposleni radnici su povremeno prelazili kapiju, a neki od njih su onemogućili čuvara da propusti kamione koji su ulazili i izlazili iz fabričkog kruga (tužilac nije bio u toj grupi). Tužiocu je otkazan ugovor o radu zato što je sa ostalim štrajkačima blokirao glavni kolski ulaz fabri-

---

ugrožava bezbednost lica i imovine ili zdravlje ljudi ili koji sprečava zaposlene koji ne učestvuju u štrajku da rade, odnosno onemogućava nastavak rada po okončanju štrajka ili sprečava poslodavca da koristi sredstva i rasolaže sredstvima kojima poslodavac obavlja delatnost čini povredu radne dužnosti za koju se može izreći mera prestanka radnog odnosa. Zaposleni u delatnostima iz člana 9. ovog zakona koji odbije da izvrši nalog poslodavca izdat radi obezbeđivanja minimum procesa rada čini povredu radne dužnosti za koju se može izreći mera prestanka radnog odnosa.”

ke i na taj način omogućio odvijanje saobraćaja iz kruga fabrike. Prvostepeni sud je zaključio da je tužbeni zahtev tužioca osnovan jer poslodavac nije dokazao da je tužilac učinio povredu radne obaveze koja mu se stavlja na teret i ne može biti izložen sankciji prestanka radnog odnosa, ako su drugi učesnici postupali nezakonito. Osporenim rešenjem nije izvršena individualizacija krivice tužioca već su svi učesnici u štrajku dobili identična rešenja; suprotno, apelacioni sud je preinačio prvostepenu presudu i naveo:

“Odluka o kolektivnom prekidu rada doneta je u zakonitoj proceduri, ali štrajk sproveden nezakonito, jer je okupljanje izvršeno uz jedinu ulaznu kapiju u krugu preduzeća, pri čemu je čuvar bio onemogućen da otvori kapiju i oslobodi prolaz kamionima; da je štrajk nastavljen na isti način još dva dana; da je tužilac bio učesnik štrajka i da je prisustvom u neposrednoj blizini kapije izrazio svoju saglasnost da učestvuje u grupi koja je sprečavanjem saobraćaja u krugu preduzeća vršila pritisak na poslodavca da ispuni zahteve sadržane u odluci o kolektivnom prekidu rada. Zaključio je da je tužilac jasno manifestovao volju da poslodavca onemogućiti da raspolaže sredstvima za obavljanje delatnosti, a da je morao znati da je tako sproveden štrajk nezakonit i da je iako nije član štrajkačkog odbora svojim učešćem u štrajku, doprineo nezakonitosti štrajka. Poslodavac je bio sprečen da koristi svoja sredstva i da raspolaže sredstvima kojima obavlja delatnost, a to sprečavanje ne predstavlja neznatnu povredu odredbi o organizovanju štrajka, zbog čega tužilac ne može uživati zaštitu po članu 14. stav 1. Zakona o štrajku”.

Revizijski sud je preinačio drugostepenu presudu i naveo:

“Ovaj otkazni razlog podrazumeva da postoji konkretno protivpravno postupanje i individualna odgovornost zaposlenog tokom štrajka, jer učesnik štrajka koji se ponaša po pravilima ne može snositi odgovornost za nezakonito postupanje drugih učesnika. Tužilac je zajedno sa ostalim radnicima tuženog (više od 200 radnika) bio učesnik štrajka u utvrđenom periodu, ali nije bio organizator niti član štrajkačkog odbora, niti je lično svojim radnjama sprečavao poslodavca da koristi sredstva kojim raspolaže (Rev2 2105/2016 od 6.4.2017. godine)<sup>4</sup>”.

### III

Tužilac, radnik sa 37 godina radnog staža (bez disciplinske kazne), obustavio je rad zajedno sa još 43 radnika iz neposredne proizvodnje (ceo pogon) u vre-

---

<sup>4</sup> Slično rezonovanje izraženo je i u odlukama Rev2 1681/2015, Rev2 371/2019, Rev2 2488/2018, itd.



menu od ukupno 24 časa. Dobio je otkaz ne samo zbog povrede radne obaveze, već i zbog toga što je na lokalnoj televiziji izneo poverljive informacije koje predstavljaju neistinu o neisplati zarade za više meseci. Osim njega, otkaz je dobio i radnik koji je tokom pregovora o obustavi štrajka pokušao da fizički nasrne na direktora upućujući mu uvrede. Ostali radnici su dobili novčane kazne. U toku postupka je utvrđeno da otkazni razlog u vezi sa intervjuom na lokalnoj televiziji nije opravdan i da zaposleni ima pravo iskazivati nezadovoljstva i na lično mišljenje bez obzira što informacija o neisplati zarade nije u potpunosti tačna (zarada je bila neisplaćena samo za jedan mesec, a ne za nekoliko meseci koliko je on tvrdio). U rešenju o otkazu se ne pominje da je tužilac bio organizator obustave rada (štrajka). Prvostepeni sud je smatrao da je rešenje o otkazu potpuno nezakonito, kako u pogledu intervju na lokalnoj televiziji, tako i u pogledu štrajka jer je obustava rada bez značaja s obzirom da su nesporno radnici pogona prekovremenim radom otklonili štetu koja bi mogla nastati kod poslodavca. Suprotno preinačujući prvostepenu presudu drugostepeni sud smatra da je nezakonitom obustavom rada tužilac povredio radnu obavezu i da je samo jedna povreda dovoljna da se ugovor o radu otkáže (u pogledu prvog otkaznog razloga on prihvata argumentaciju prvostepenog suda).

Revizijski sud je preinačio drugostepenu odluku i naveo:

“Iz utvrđenog činjeničnog stanja nesumnjivo proizilazi da su svi radnici pogona tuženog, među kojima je bio i tužilac, 24 časa obustavili rad zbog neredovno isplaćenih zarada i regresa, kao i otpuštanja po osnovu tzv. tehnološkog viška. Obustava rada je prestala narednog dana po obećanju da će im zarade biti isplaćene. U konkretnom slučaju tužiocu je mogla biti izrečena blaža sankcija (anticipirano upozorenje iz člana 180. stav 3. ranije važećeg ZOR ili udaljenje iz procesa rada u trajanju do tri dana bez isplate zarade – član 170. ZOR), imajući u vidu kontekst – okolnosti koje su se dešavale dana 23. i 24.09.2013. godine (obustava rada svih zaposlenih), a posebno iskaz direktora da je tužilac dobio otkaz “zbog izjave”. Imajući u vidu da je prvi razlog za otkaz (izjava medijima) utvrđen kao nezakonit i da je to bio glavni razlog za prestanak radnog odnosa, očigledno je da je otkaz prestroga sankcija, sa napomenom da je 41 radnik zbog istog ponašanja sankcionisan novčanom kaznom (različito postupanje prema tužiocu u odnosu na većinu radnika predstavljalo bi diskriminaciju - povreda člana 16. Zakona o zabrani diskriminacije). Osim toga, drugostepeni sud ne ceni u dovoljnoj meri činjenicu da je tužilac bio uzoran radnik i da za 37 godina radnog staža nije bio disciplinski odgovoran niti kažnjavao, niti je u rešenju o otkazu identifikovan kao organizator nezakonitog štrajka (Rev2 3175/18 od 11.7.2019. godine)”.

## IV

U malom ranije društvenom, a kasnije privatizovanom preduzeću sa oko tridesetak radnika otpočeo je zakoniti štrajk. On je po sporazumu “zamrznut” jer je poslodavac obećao da će ispuniti svoju obavezu u vezi sa isplatom zarada. Međutim, on tu svoju obavezu ni posle proteka roka i više ponovljenih zahteva nije ispunio. Radnici su nastavili da štrajkuju bez nove najave štrajka, formiranja štrajkačkog odbora i isticanja novog zahteva. Poslodavac je svima otkazao ugovore o radu, među njima i tužiocu (portiru) koji se za vreme štrajka nalazio van mesta rada i boravišta na operaciji. Odluka o odbijanju njegove revizije doneta je većinom glasova i stanovište revizijskog suda je bilo da je on bio učesnik štrajka koji je nezakonit zato što je i posle zamrzavanja štrajka nužna nova odluka o štrajku (zahtevi, štrajkački odbor, mesto okupljanja). Zabluda o zakonitosti ili nezakonitosti irelevantna je (Rev 91/10 od 21.4.2010. godine).

## NEZAKONIT ŠTRAJK

Da bi štrajk bio zakonit, osim potpunosti, privremenosti, očiglednosti i dobrovoljnosti, domaće (a i uporedno pravo) zahteva: 1) da nije zabranjen – *ratione materiae* ili *ratione personae*; 2) da je cilj izložen u obrazloženim zahtevima dopušten (zaštita profesionalnih, socijalnih i ekonomskih prava i interesa), a ne političkih, kulturnih, nacionalnih ili drugih prava<sup>5</sup>; 3) da je organizovan od sindikata (kod nas generalni i granski) ili kod poslodavca od strane sindikata ili većine rad-

<sup>5</sup> Po Zakonu o štrajku (ZOŠ) zaposleni mogu da organizuju štrajk radi zaštite svojih profesionalnih i ekonomskih interesa po osnovu rada (1). *Argumentum a contrario* mogao bi se izvući zaključak da je svaka druga vrsta štrajka u pogledu cilja zabranjena. “Pod profesionalnim pravima i interesima” podrazumevaju se radni, bezbedonosni i zdravstveni uslovi rada; ekonomska prava i interesi po osnovu rada reguliše Ustav (član 66) i Zakon o radu. Njima treba dodati i socijalna prava. Problem nastaje kada je teško razdvojiti politički cilj od ekonomskih ciljeva (primeri iz oblasti socijalnog osiguranja). U uporednom pravu se smatra da je za zakonitost štrajka bitno utvrditi šta je pretežnije u zaštiti i ostvarivanju ciljeva (da li se radi o pretežno ekonomskim ili političkim interesima; faktičko pitanje zavisi od svih okolnosti. Dakle, nezakonit je svaki štrajk koji ima za cilj ostvarivanje prava i interesa u pogledu učešća pojedinaca u javnom životu zemlje, kao što su biračko pravo, sloboda štampe, sloboda govora, sloboda misli i javnog izražavanja, sloboda zbora, sloboda udruživanja, pravo peticija. Tome treba dodati i zahteve pripadnika nacionalnih manjina i zaštitu manjinskih prava, kao i štrajkove usmerene protiv poništenja Ugovora o privatizaciji, pritiske na pravosuđe ili nosioce političke vlasti; Zakonska definicija sadrži manu, jer izostavlja reč “pravo”; govori samo o “interesima”, što bi upućivalo na zaključak da je štrajk dozvoljen samo radi rešavanja interesnih kolektivnih sporova, a ne i pravnih sporova. Sudska praksa šire tumači zakonsku definiciju prihvatajući zakonitost štrajka i kada se zahteva ostvarenje u suštini individualanih prava (npr. zarada). Radna verzija novog zakona štrajk definiše kao prekid rada radi zaštite prava i interesa.

nika u preduzeću, pravnom licu ili njihovom delu; 4) da je miroljubiv – socijalno adekvatan bez nasilja; 5) u našem (ali ne i u mnogim zemljama zapadne Evrope) kada je u pitanju štrajk kod poslodavca da je poslodavac obavešten o nameri da se stupi u štrajk.

Za razliku od zakonitog štrajka koji predstavlja Ustavom garantovano fundamentalno socijalno pravo (član 61. Ustava), koji za posledicu ima samo gubitak zarade a ne i prestanak radnog odnosa (član 14. stav 1. Zakona<sup>6</sup>), organizatori i učesnici nezakonitog štrajka ne uživaju zaštitu (stav 3); *Argumentum a contrario* – može im prestati radni odnos.

Dok opšte pravilo iz člana 14. prevashodno normira posledice zakonitog i nezakonitog štrajka, član 18. zakona posebno govori o prestanku radnog odnosa zbog nezakonitog sprovođenja štrajka. On prvo ističe zabranu *ratione personae* zaposlenima u državnom organu, policiji i Vojsci da učestvuju u štrajku propisujući strogo pravilo da im prestaje radni odnos kada se utvrdi da su ili organizovali ili učestvovali u štrajku (sada to pravilo ne važi u potpunosti jer su posebni zakoni dozvolili učešće u štrajku zaposlenima u državnim organima i policiji)<sup>7</sup>. Zabrana je ostala samo za pripadnike vojnih snaga<sup>8</sup>. Pravilo iz stava 2. posebno naglašava odgovornost člana štrajkačkog odbora i učesnika koji štrajk “organizuje i vodi” u sprovođenju štrajka (jer štrajk u pripremi može biti zakonit ali u sprovođenju može postati nezakonit).

Striktna primena pravila iz člana 14. stav 3 (kao i člana 18) mogla bi da znači da poslodavac može otkazati ugovor o radu i za najsitniju nezakonitost u organizaciji i sprovođenju štrajka (ciljevi, suprotnost zakonu, nejasno formulisan zahtev, neblagovremena najava, neodređivanje mesta okupljanja, pasivno držanje u nezakonitom sprovođenju, itd). Kao što će se videti sudska praksa<sup>9</sup> i pored nedоследnosti ipak pretežno vrši nijansiranje, pojedinačno utvrđivanje krivice i vodi računa o svim okolnostima slučaja. Zbog toga je u više odluka (slučaj drugi) podvučeno načelo individualizacije odgovornosti<sup>10</sup>, primera radi, stavom da je “nužno razjasniti da li su tužiocu u toku štrajka svaki pojedinačno svojim radnjama

---

<sup>6</sup> “Službeni list SRJ”, br. 29/96.

<sup>7</sup> Član 35. Zakona o državnim službenicima (“Službeni glasnik RS”, br. 79/05...) i član 135. Zakona o policiji (“Službeni glasnik RS”, br. 101/2005).

<sup>8</sup> Član 14. stav 5. Zakona o Vojsci (“Službeni glasnik RS”, br. 116/2007).

<sup>9</sup> “S obzirom da materija štrajka nije u potpunosti regulisana o njegovoj zakonitosti i nezakonitosti odlučuje se ne samo na osnovu jasnih merila utvrđenih izričito donetim u državnim propisima, već i na osnovu određenih merila koje određuje sudska praksa. U sudskoj praksi se naročito vodi računa o ciljevima i načinu ostvarivanja ciljeva” - Budimir Košutić, “Kolektivni pregovori, pravo na štrajk i lock out u savremenim kapitalističkim državama”, Savremena administracija, 1987, str. 85.

<sup>10</sup> Rev 2 921/06, Spp 14/07 od 25.05.2007. godine.

sprečavali tuženog da raspolaže svojim sredstvima tako što su onemogućili ulazak i prolazak kamiona kroz kapiju preduzeća<sup>11</sup>; organizatori neće odgovarati u slučaju kad štrajk dobije nezakonit tok u sprovođenju ako su preduzeli sve razumne mere da do toga ne dođe; učesnik u štrajku koji se ponašao po pravilima (mirno štrajkovao) ne može snositi odgovornost, niti biti izložen sankciji prestanka radnog odnosa zbog toga što je drugi učesnik u štrajkačkoj skupini postupao nezakonito<sup>12</sup>. Njegovo pasivno ponašanje ne znači da se saglasio sa postupcima štrajkača koji primenjuju silu. Ali nekada i naizgled mirno stajanje u tzv. "živom zidu" suštinski predstavlja primenu sile koja je nezakonita.

Napred izložena pravila treba sagledati (primeniti) i tumačiti ih u skladu sa Zakonom o radu (kao i načelima građanskog prava), jer je postupak otkaza u njemu sadržan.

Zbog toga se na prestanak radnog odnosa po ovom osnovu primenjuju sva pravila ZOR-a o upozorenju (pravu na odbranu-član 180), obaveštenju sindikata (član 181), zastarelosti (član 184), obrazloženoj odluci (član 185), a posebno pravilo o krivici u slučaju povrede radne obaveze (član 179. stav 1. tačka 2) i pravilo da se u slučaju nepoštovanja radne discipline može dobiti otkaz ako je "ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca" (član 179. stav 1. tačka 3). Upravo ovo poslednje (što predstavlja i konvencijsko pravo)<sup>13</sup> nalaže konkretizaciju odgovornosti i ispitivanje svih okolnosti slučaja, pa i eventualno ranije ponašanje štrajkača. U praksi to znači da sud može izvršiti klasifikaciju i razdvajanje težih od lakših povreda iako ZOR, za razliku od posebnih zakona, izričito takvu podelu ne čini. Poslednji Zakon o radu iz 2014. godine ("Službeni glasnik RS" 75/14...) vrši individualizaciju sankcija i osim prestanka radnog odnosa uvodi opomenu, privremeno udaljenje i novčanu kaznu (član 179a), što omogućuje postupnost u izricanju sankcija.

Ako ne bi bio primenjen ZOR, odluke o prestanku radnog odnosa samo zbog učešća u nezakonitom štrajku donosile bi se po automatizmu i "nezakonitost" bi se izjednačila sa objektivnom odgovornošću (odgovornosti bez krivice), pa se ne bi činila nužna razlika između težih i lakših povreda<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Rešenje Apelacionog suda u Beogradu (Gž1 4567/10 od 28.01.2011. godine).

<sup>12</sup> Učesnik štrajka koji se nalazi u skupini štrajkača (sukob između posloводства i štrajkača) nije aktivni učesnik u štrajku pa se nisu stekli uslovi za otkaz ugovora o radu Rev2 1492/06.

<sup>13</sup> Konvencija o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca ("Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori", br. 4/84).

<sup>14</sup> "Poslodavac se ne mora opredeliti za prestanak radnog odnosa, naročito ako se procenjuje da zaposleni nisu znali da je štrajk u kome su učestvovali nezakonit ili je stepen nezakonitosti takvog štrajka bio relativno mali." Živko Kulić i Aneta Marinović, "Pravne posledice štrajka", Zlatibor 2009, str.186.

S druge strane, i nadležna tela MOR-a preporučuju da se u slučaju otpusta radnika zbog nezakonitog štrajka mora odlučivati, ne po automatizmu, već na "pojedinačnoj osnovi".

Napomenimo da je naš zakon u pogledu priznavanja prava na štrajk kod poslodavca prihvatio francuski koncept po kome je organizacija štrajka ne samo isključivo pravo sindikata (kao u Nemačkoj), već i individualno pravo radnika koje se kolektivno ostvaruje. Francuska sudska praksa smatra da se u slučaju nezakonitog štrajka radnik može otpustiti samo zbog teže povrede pravila štrajka<sup>15</sup>.

Slična rešenja u vezi sa pravnim posledicama nezakonitog štrajka sadrži i hrvatsko pravo (Zakon o radu - štrajk i rešavanje kolektivnih radnih sporova).

Čini se da je Zakon o štrajku Crne Gore iz 2015. godine najpravičniji jer dosledno vrši individualizaciju odgovornosti. U članu 27. izričito predviđa da za nezakonito organizovan štrajk sankciju prestanka radnog odnosa snose samo članovi štrajkačkog odbora, što se ponavlja i u članu 29. stav 1. s tim što će se odluka doneti po pravnosnažnosti odluke nadležnog suda da je štrajk nezakonit. Tzv. "običan učesnik" u štrajku i član štrajkačkog odbora mogu dobiti otkaz ako u toku štrajka ugroze bezbednost lica, imovine, zdravlja ljudi ili ako sprečavaju zaposlene koji ne učestvuju u štrajk da rade odnosno sprečavaju poslodavca da koriste sredstva radi obavljanja delatnosti (sprovođenje štrajka). Dakle, učesnik ne snosi posledice nezakonite odluke štrajkačkog odbora.

Poslednji nacrt Zakona o štrajku iz 2018. godine iako potpunije reguliše posledice organizovanja i učešća u štrajku, u bitnom se ne razlikuje od sadašnjeg zakonodavnog rešenja.

U narednim izlaganjima kroz još dva primera ističem nedoslednost sudske prakse koja se odnosi na prestanak radnog odnosa zbog povrede pravila o najavi štrajka i mestu okupljanja.

### *Najava štrajka*

Većina zaposlenih ili sindikat mora da najavi da će organizovati štrajk<sup>16</sup>. Na taj način se obaveštava poslodavac (ili ovlašćeni organ) o postojanju namere da se organizuje štrajk kako bi se pravno, tehnički, a naročito ekonomski pripremio i suočio sa prekidom rada, utvrdili eventualni efekti i pokušalo sa obe strane tra-

---

<sup>15</sup> Branko Lubarda "Rešavanje kolektivnih radnih sporova", Beograd 1999, str. 198.

<sup>16</sup> Okolnost da je štrajk započeo jedan dan ranije od datuma označenog u odluci o stupanju u štrajk ne čini ga nezakonitom, jer je ispoštovan rok od 5 dana od dana donošenja odluke do početka štrajka (Rev2 732/10 od 11.11.2010. godine). NAPOMENA: U konkretnom slučaju štrajk je započeo jedan dan ranije, zato što je poslodavac upravo pre dana određenog za štrajk (dan ranije) doneo odluku o slanju svih zaposlenih na godišnji odmor.

ženje mirnog rešenja kolektivnog spora. Najavi prethodi odluka većine zaposlenih ili sindikata. U odluci o stupanju u štrajk koja se donosi većinom glasova (tajno glasanje nije obavezno), utvrđuju se zahtevi zaposlenih, vreme početka štrajka, mesto okupljanja učesnika u štrajku ako se štrajk ispoljava okupljanjem zaposlenih i štrajkački odbor koji zastupa interese (član 4. zakona). Štrajkački odbor je dužan da štrajk najavi poslodavcu najdocnije pet dana od dana previđenog za početak štrajka, odnosno 24 časa pre početka štrajka upozorenja. U delatnostima od javnog interesa (vitalnim delatnostima) propisuju se posebni uslovi, obezbeđuje se minimum procesa rada, a rok za najavu je najdocnije 10 dana pre početka štrajka (član 11). Kršenje ovih pravila čini štrajk nezakonitim.

Za svaki novi štrajk potrebno je da se donese nova odluka (član 4). Iako je pravilo naizgled jasno u praksi je sporno: da li štrajkački odbor i poslodavac mogu sklopiti sporazum o tzv. "zamrzavanju štrajka" koji znači privremeni prekid štrajka i nastavak rada, a u slučaju da se sporazum o ispunjenju štrajkačkih zahteva ne izvrši da nije nužna nova procedura, već istekom roka za ispunjenje obaveze štrajkači stupaju u nastavak ranije započetog štrajka. S tim u vezi sporno je, da li zabluda štrajkača o punovažnosti sporazuma o "zamrzavanju" štrajka utiče na njegov radnopravni status i može li ga eskulpirati od odgovornosti.

Po ranijoj sudskoj praksi sporazum štrajkačkog odbora i poslodavca o takozvanom "zamrzavanju štrajka" je punovažan i ne predstavlja novi štrajk pa zaposleni ne može dobiti otkaz. O tome nam svedoči sledeća odluka: "Kada je posle okončanog štrajka upozorenja između poslodavca i štrajkačkog odbora zaključen sporazum po kome su usvojeni zahtevi zaposlenih i određena dinamika njihovog ispunjenja, pa poslodavac svoju obavezu iz sporazuma nije ispunio, nisu ispunjeni uslovi za prestanak radnog odnosa, jer je štrajk sporazumno prekinut, pa nastavak zakonito organizovanog i započetog štrajka posle sporazumnog prekida, odnosno zamrzavanja zbog neispunjenja obaveze poslodavca iz sporazuma, ne predstavlja novi štrajk"<sup>17</sup>.

### *Sadašnja sudska praksa je izloženo shvatanje napustila*

Prema većinskom stanovištu Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda zasnovanog na odluci Rev 91/10 (slučaj četiri) institut tzv. "zamrznu-

<sup>17</sup> (Rev2 162/07 od 10.4.2008. godine) Još ranije isto: "U situaciji kada je sporazumom prekinut štrajk radi isplate zarada do određenog datuma, pa poslodavac sporazum nije ispoštovao, pravilan je stav nižestepenih sudova da obustava rada ne predstavlja novi štrajk, već nastavak već ranije započetog štrajka, te se nisu stekli uslovi za prestanak radnog odnosa" (Rev 2137/00 od 19.10.2000. godine).

tog štrajka” ne postoji “već je nužno postupak ponoviti”; svaki prekid štrajka bez obzira kako se završio (da li sporazumno, neuspjehom ili odustankom štrajkača) znači okončanje štrajka; u slučaju neispunjenja obaveze poslodavca bez obzira na njegova prevarna postupanja potrebna je nova odluka o štrajku, samim tim nova procedura i najava štrajka. U suprotnom štrajk je nezakonit. Zabluda je irelevantna, jer je Zakon o štrajku ne poznaje i ne predstavlja izvinjavajuću okolnost koja bi učesnika (bez obzira na obrazovanje) oslobodila odgovornosti.

Na prvi pogled većinsko mišljenje je u skladu sa zakonom jer *dura lex sed lex*; ali da li takva “nezakonitost” koja se izvodi tumačenjem u situaciji kada se prethodno nije pre donošenja odluke o otkazu ni pred jednim nezavisnim telom raspravljalo o zakonitosti, odnosno nezakonitosti štrajka ima za posledicu da pravno neobrazovan i loše informisan štrajkač (koji veruje štrajkačkom vođstvu i eventualno sindikatu) dobije otkaz.

Čini se da takva stroga primena zakona stvara tzv. “tvrde” slučajeve – nepravične situacije, jer ne uvažava suštinu štrajka; činjenicu da matični Zakon o radu ne sadrži pravilo da svaka greška (ponašanje) zaposlenog ima za posledicu otkaz; da se i u radnom (disciplinskom) pravu supsidijarno primenjuju pravila i drugih grana prava u slučaju postojanja pravnih praznina i nepotpunog rešavanja; preporuke Komiteta MOR-a da se o posledicama štrajka u pogledu prestanka radnog odnosa ima “*odlučivati na pojedinačnoj osnovi, a ne po automatizmu*”; i na kraju stavovima prakse i teorije u uporednom pravu. Ukratko ne vodi računa o individualizaciji odgovornosti.

Većinsko gledište Građanskog odeljenja konkretizovano u slučaju IV čini se da nije osnovano ne samo iz ranije istaknutih razloga već i onih koji slede:

1. Najava nije ključni element zakonitosti štrajka. Najvažnija je odluka, zahtevi štrajkača i miroljubivost u sprovođenju<sup>18</sup>. U slučaju takozvanog “zamrzavanja” štrajka po sporazumu, zahtev je poslodavcu od ranije poznat i odluka o štrajku već postoji. S obzirom da se radni odnos (u opštem) režimu zasniva ugovorom, to se na ugovorne odnose supsidijarno primenjuju pravila obligacionog prava, pa i osnovne rukovodne ideje koje prožimaju ne samo građansko već i radno pravo, među kojima su naročito značajni načelo savesnosti i poštenja i zabrana zloupotrebe prava (čl. 12. i 13. ZOO). Kada svojom voljom stvori kod druge strane zabludu da se u budućnosti neće raditi o novom štrajku, već o nastavku starog poslodavac otpuštajući zaposlenog postupa prevarno (neiskreno), čime vređa pomenuta načela i ne može se pozivati na svoju sramotu.

---

<sup>18</sup> Kada se o štrajku nije izjasnila većina zaposlenih i kada nije formiran štrajkački odbor, a i zahtevi nisu jasno formulisani, štrajk je nezakonit (Rev2 1575/06 od 21.11.2006. godine).

2. Osim toga, u pravu je poznato da se manja greška u pogledu forme pravnog posla može konvalidirati (osnažiti), a u procesnom pravu (krivičnom, građanskom i upravnom) da se manjim greškama u pogledu forme pridaje ili mali značaj ili uopšte ne pridaje značaj.

3. U zakonodavstvu i teoriji opšte je usvojeno shvatanje da neuračunljivost i stvarna i pravna zabluda oslobađaju učinioca odgovornosti (a pravna zabluda i kada je ne isključuje ublažava je). Pre donošenja odluke iz slučaja IV, Vrhovni sud Srbije je zabludu kod prestanka radnog odnosa smatrao relevantnom ističući *“Stvarna zabluda oslobađa zaposlenog odgovornosti”*<sup>19</sup>, pa zaokret u sudskoj praksi smatram pogrešnim. Svemu treba dodati da se u uporednom pravu zabluda smatra relevantnom jer: *“Ukoliko radnik učestvuje u štrajku koji se organizuje uz povredu ugovornih obaveza u pogledu najave ili prethodnog mirenja, to ne mora po sebi samo da znači da se radnik (štrajkač) mora otpustiti zbog povrede radne obaveze ukoliko radnik nije informisan o neregularnosti štrajka”*<sup>20</sup>.

Po međunarodnim radnim standardima<sup>21</sup>, radnik se u slučaju nelegalnog štrajka ne otpušta automatski i o tome treba odlučiti na pojedinačnoj osnovi. Smatra se da *“zamrzavanje”* štrajka nije nezakonito jer:

*“Često se dešava da predstavnici poslodavca i u pregovorima za vreme štrajka prihvate delimične ili potpune zahteve štrajkača, ali ih ne ispune, i na taj način daju povod za nove štrajkove. Kad jednom nauče ovu lekciju radnici često pribegavaju “zamrzavanju” štrajka privremeno ga suspendujući na ovaj način oni vrše pritisak na poslodavca, javno pokazujući svoje nepoverenje, a u slučaju da se štrajk nastavi ne treba ponavljati proceduru najavljivanja (podvukao P.T).*

Dakle, u situaciji kada je pitanje zakonitosti štrajka sporno i kada poslodavac aktivno sudeluje u stvaranju nezakonitosti, zaposleni ne sme biti izložen otkazu kao najtežoj radnopravnoj sankciji.

Iz izloženog, čini se da je odluka poslodavca kojom je radniku (portiru) otkazao ugovor nezakonita i krajnje nepravična. On nije mogao dobiti otkaz kada sindikalna organizacija, organizatori i vođstvo štrajka kod poslodavca održavaju učesnike u zabludi da je zamrzavanje štrajka zakonito i da mogu stupiti u štrajk bez prethodne najave i ostavljanja naknadnog roka. Ovo pogotovu kada učesnik nema pravno obrazovanje i kada nije u stanju da shvati razlike između starog i novog štrajka. Tome treba dodati činjenicu da se zaključak o nezakonitosti izvođi tumačenjem jezičkog smisla norme od strane suda posle više godina od učinje-

<sup>19</sup> Rev2 106/06 od 13.4.2006, i Rev2 1376/06

<sup>20</sup> Branko Lubarda, isto, str. 234.

<sup>21</sup> *“Priručnik o pravu na štrajk”*, grupa autora, Savetovanje za Jugoistočnu Evropu (Međunarodna konfederacija slobodnih sindikata), Sofija 2002, str. 24.



nog štrajka i da pravnici (sudije) o tome imaju različite stavove (prvostepeni sud je usvojio tužbeni zahtev, drugostepeni sud je prvostepenu presudu preinačio i tužbeni zahtev odbio – revizijski sud je reviziju tužioca odbio).

Izložene dileme u ovom problemu prisutne u sudskoj praksi upravo čine osnovanim predlog radne grupe (novi Zakon o štrajku) da se omogući poslodavcu vođenje sudskog spora o utvrđivanju nezakonitosti štrajka pre nego što štrajk otpočne<sup>22</sup>.

Sadašnja radna verzija (nacrt) ne uvažava stavove MOR-a i zalaganje autora ovih redova u vezi sa problemom tzv. “zamrznutog štrajka” i predlaže: “za svaki novi zahtev ili u slučaju neispunjenja sporazuma, organizator štrajka donosi novu odluku o stupanju u štrajk” (član 24).

### *Mesto okupljanja*

Odlukom o stupanju u štrajk određuje se, između ostalog, i mesto okupljanja učesnika u štrajku ako se štrajk ispoljava okupljanjem zaposlenih (član 4), a ako se štrajk ispoljava okupljanjem zaposlenih, mesto okupljanja učesnika u štrajku ne može biti van poslovnih prostorija - radnih prostorija, odnosno van kruga poslovnog prostora zaposlenih koji stupaju u štrajk (član 5. stav 3).

Ove odredbe oštro su kritikovane, jer se smatra da značajno ograničavaju slobodu štrajka.

U uporednom pravu se čak zabranjuje okupljanje zaposlenih u poslovnom prostoru poslodavca, jer postoji ozbiljna zabrinutost da se “okupacijom preduzeća” može naneti šteta imovini poslodavca, bezbednosti zaposlenih koji rade i sprečavati rada takozvanih “štrajkbrehera”. Prvi zakon o štrajku ovo pravilo nije imao iako je te 1991. godine predlagano. Preovladalo je shvatanje da je suviše “kruto” i da suštinski može obezvređiti institut štrajka, te ga treba prepustiti autonomnom regulisanju u preduzeću<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Po tom predlogu poslodavac, udruženje poslodavaca ili javni tužilac ako postoji javni interes mogu pokrenuti spor pred višim sudom radi ocene zakonitosti štrajka. Rokovi za donošenje odluke su veoma kratki (tri dana). Žalba je dopuštena neposredno apelacionom sudu, takođe u roku od tri dana. Izričitim propisivanjem sudske nadležnosti (mada su sudovi i ranije mogli da odlučuju o zakonitosti štrajka u posebnoj parnici – (Opštinski sud u Valjevu P1 1393/05 od 22.09.2006. godine), država ispunjava zahteve MOR-a da o prethodnoj zakonitosti štrajka odlučuje “nezavisno telo”. Sada o zakonitosti odlučuje sud u najvećem broju slučajeva kao prethodnom pitanju ali i inspektor rada na osnovu člana 17. Zakona o štrajku.

<sup>23</sup> Dr Miroslav Mirković “Komentar Zakona o štrajku” 1991, str. 23.

Predlog radne grupe budućeg Zakona o štrajku<sup>24</sup> da se mesto okupljanja može, a ne mora odrediti i da zaposleni mogu organizovati štrajk nedolaskom u prostorije poslodavca trpi kritike kako od samih poslodavaca, tako i nekih sindikalnih predstavnika. Neki sindikati smatraju da je mesto okupljanja nužno zbog organizovanog pritiska na poslodavca, a poslodavci smatraju da u slučaju nepostojanja mesta okupljanja štrajk gubi organizovani karakter i da će štrajkači raditi “na crno” pogotovu ako štrajk traje duže vremena<sup>25</sup>. Jasno je da država ne želi haos na ulicama i stanje koje utiče na lošu (političku) klimu u društvu.

U praksi se dešava da posle određivanja mesta okupljanja naročito ako se prekid rada oduži, štrajkači ili ne dolaze svakodnevno na mesto okupljanja ili organizovano napuste preduzeće i protestuju pred institucijama za koje smatraju da im mogu pomoći u ispunjenju štrajkačkih zahteva (Vlada, ministarstva, sedišta lokalnih samouprava).

Sudska praksa je u pogledu ovog kriterijuma neujednačena i kolebljiva. U jednoj (ranijoj) grupi odluka (usvojeni tužbeni zahtevi i poništena rešenja o prestantku radnog odnosa) ističe se da napuštanje mesta okupljanja iz kruga poslodavca predstavlja protest zbog koga se ne može dobiti otkaz;<sup>26</sup>

U drugom (kasnijem) slučaju zaposlena je dobila otkaz ne samo što je napustila mesto okupljanja (krug fabrike) i sa grupom radnika odlazila pred zgradu (sedište sindikata i opštine), već i zbog toga što se više dana nije pojavila u krugu preduzeća kao mestu koje je određeno za štrajk. Bez značaja je bila njena odbrana da uglavnom nije uopšte ni dolazila u krug fabrike, jer zbog neisplaćenih zarada u trajanju od više meseci nije imala sredstva za prevoz i ishranu<sup>27</sup>

Kod gotovo istog činjeničnog stanja suprotno rezonuje apelacioni sud, kada žalbu tuženog preduzeća (poslodavca) odbija i potvrđuje prvostepenu presudu kojom je usvojen tužbeni zahtev štrajkača. Izložimo ukratko obrazloženje.

Nižestepeni sudovi utvrđuju da je štrajk grupe radnika u fabrici trajao više meseci i da sporazum između štrajkačkog odbora i posloводства posle višemešnih pregovora nije postignut ali da štrajkači nisu odustali od svojih zahteva; da

---

<sup>24</sup> Štajk se i organizuje okupljanjem zaposlenih u prostorijama poslodavca, u krugu poslovnog prostora poslodavca, kao i na drugom mestu na način propisan zakonom kojim se uređuje okupljanje građana (član 10. Nacrta).

<sup>25</sup> Ustavni sud SRJ odbio je predlog za ocenu ustavnosti člana 5. u pogledu okupljanja, smatrajući da time nije ugrožena sloboda kretanja, nastanjanja, misli i govora i da je zakonsko određenje mesta okupljanja štrajka zakonito (SUS. U 132/96 od 09.06.1996. godine).

<sup>26</sup> Rev2 338/08 od 12.06.2008. godine.

<sup>27</sup> Rev2 579/10 od 07.02.2010. godine.

je posle najave posloводства fabrike da će na ulaznu kapiju postaviti naoružano obezbeđenje i da je počelo zaključavanje kapije, štrajkački odbor je doneo odluku da se zaposleni ne okupljaju u krugu već u gradu ispred sedišta lokalne sindikalne organizacije; da su posle tih promena štrajkači odlazili na proteste u grad i da tužilja više dana nije uopšte ulazila u krug preduzeća; da je inspekcija rada utvrđivala eventualne nezakonitosti i nepravilnosti štrajka ali svojim rešenjem štrajk nije proglasila nezakonitim; tužbeni zahtev je usvojen ne samo zbog utvrđene zastarelosti već i zbog činjenice da je štrajkački odbor bio "prinuđen" da zbog ponašanja poslodavca izmesti mesto okupljanja zaposlenih štrajkača i da nedolazak u krug fabrike ne znači odustanak od štrajkačkih zahteva<sup>28</sup>.

Iz izloženog se vidi sva složenost ovog problema kako na planu zakonodavnog regulisanja tako i na planu presuđenja.

Priklanam se onim shvatanjima (sudskim odlukama) koje smatraju da mesto okupljanja nije od presudnog uticaja za zakonitost štrajka i da u slučaju njegovog nepoštovanja (pod uslovom da se skup ne pretvori u rušilačku akciju ili sredstvo za sprečavanje raspolaganja sredstvima i ugrožavanje proizvodnog poslovnog procesa) zaposlenom ne može prestati radni odnos, te da nema mesta primeni pravila iz člana 179. stav 1. tačka 3. ZOR-a (da je ponašanje takvo da zaposleni ne može nastaviti rad kod poslodavca).

Otpuštati radnika zbog odlaska na protest ili eventualnog nedolaska na mesto okupljanja znači davanje značaja jednom kriterijumu koji nije bitan, jer se štrajkovati može i bez određivanja mesta okupljanja. Još jedanput ponovimo da su ključni kriterijumi (uslovi) štrajka dopušten zahtev, prekid rada i miroljubivost u sprovođenju, a ne mesto iskazivanja nezadovoljstva. Mesto okupljanja treba da omogući po zamisli zakonodavca normalan proizvodno poslovni proces (da štrajkači ne ometaju zaposlene koji rade). Kada postoji prekid rada, suspendovan je ugovor o radu i rad se ne vrši pa je pogrešno stanovište sudova da nedolaskom na mesto okupljanja zaposleni vrše povredu radne obaveze. U slučaju izlaska na ulice (proteste) primenjuju se javno-pravni propisi<sup>29</sup>, pa zaposleni u slučaju povrede tog Zakona može biti izložen eventualno novčanoj kazni (član 15) ili ako protest dobije nasilni karakter sankcijama druge prekršajne prirode, a ne sankcijama radnopravnog karaktera.

---

<sup>28</sup> Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž1 br. 540/10 od 02.03.2010. godine. Usled pokrenutog stečaja postupak po reviziji radi ocene zakonitosti drugostepene odluke prekinut je.

<sup>29</sup> Zakon o okupljanju građana, "Službeni glasnik RS", br. 51/92 ... 101/2005. Napomenimo, da je predstavница MOR-a na Savetovanju povodom izrade novog Zakona o štrajku istakla da se radnici ne mogu "naterati" da štrajkuju u krugu preduzeća.

Odredba o mestu okupljanja nema uporišta u uporednom pravu, osim štrajka upozorenja, ističe prof Branko Lubarda<sup>30</sup>.

S druge strane, ne može se ni zanemariti činjenica koju su sociolozi i analitičari društvenih zbiljanja imajući u vidu kulturu našeg naroda i tradiciju zapazili: da u svarnosti uspevaju oni štrajkovi koji su kombinovani sa protestima.

### ZAKLJUČAK

Pre definisanja zaključka, osvrnimo se ukratko na izložene tipične slučajeve iz prakse.

U prvom primeru nezakonitog štrajka koji je trajao više dana nema ničeg spornog, ali drugi izloženi slučaj je granični i zakonitost rešenja o otkazu zavisila je od preciznog utvrđenja svih okolnosti odnosno procene ponašanja učesnika. Otkaz je nezakonit (sprovođenje) ako je štrajkač aktivan u sprečavanju poslodavca da raspoláže imovinom, a ne i u slučaju kada se kao učesnik skupine prosto mirno saglašavao sa nasilnim radnjama nekolicine učesnika koji su primenjivali silu (ćutao). Poslodavci ne smeju da ekcese u sprovođenju štrajka koriste za kolektivno otpuštanje radnika.

Za razliku od prvog, u trećem primeru uočava se da, iako je štrajk bio nezakonit činjenično stanje nije isto. Ovde je štrajk trajao kraće (24 časa) i materijalna šteta po poslodavca je otklonjena. Upravo taj slučaj nam pokazuje da svaka nezakonitost u organizaciji štrajka ne mora imati za rezultat otpuštanje radnika. Imajući u vidu izmene u radnom zakonodavstvu i uvođenje više sankcija, očigledno je da je radniku sa višegodišnjim primernim stažom mogla biti izrečena blaža mera. U uporednom pravu (naročito britanskom) podvlači se postupnost u izricanju sankcija. Za buduću praksu značajno je napomenuti da je u citiranoj odluci revizijski sud izrazio stav da se pri odlučivanju o prestanku radnog odnosa mora voditi računa o pravilima koja zabranjuju diskriminaciju (Zakon o zabrani diskriminacije i Zakon o radu). Iako je načelno poslodavac slobodan u proceni da li će za disciplinsku povredu izreći najtežu sankciju ili ne, brana njegovoj slobodi odlučivanja su pravila o zabrani diskriminacije (odraz pravičnosti i komutativne pravde po kojoj treba jednako postupati u jednakim situacijama). Zbog toga je neprihvatljivo (nepravično) da jedan radnik u mirnom sprovođenju, koji nije označen kao organizator nezakonitog štrajka, dobije otkaz, a većina ostalih novčanu kaznu.

---

<sup>30</sup> Isto delo, str. 294.

Četvrti slučaj predstavlja, čini mi se, primer nezakonitog otkaza u situaciji kada je pitanje zakonitosti štrajka sporno i izaziva tumačenje (sudovi su u dilemi) i kada krivica kao bitan element nije utvrđena (isključena je postojanjem zablude).

Ponovimo ukratko, u glavnim crtama ono što je napred rečeno u ovom radu:

- štrajk kao metod rešavanja kolektivnih radnih sporova (bez obzira da li je zakonit ili nezakonit) izaziva ozbiljne posledice (nekad štetne) koje mogu biti radne (prestanak radnog odnosa), građanske (odgovornost za štetu), upravne i krivične;

- u slučaju nezakonitog štrajka poslodavac može (a ne mora) da raskine ugovor o radu, ali mora voditi računa i o pravilima o zabrani diskriminacije;

- sud u svakom konkretnom slučaju mora da izvrši individualizaciju odgovornosti i utvrdi krivicu organizatora ili učesnika uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja;

- po pravilu radnik se ne može otpustiti zbog nezakonitosti manjeg značaja i lakše povrede radne obaveze;

- zabluda (stvarna i pravna) može biti relevantna kod prestanka radnog odnosa zbog učešća u nezakonitom štrajku;

- običan “učesnik” ne može snositi odgovornost za ponašanje drugog koji primenjuje silu niti mu se može otkazati ugovor zbog utvrđene nezakonitosti štrajka kojoj on svojim postupcima nije doprineo;

- otkaz zbog nezakonitog štrajka ne može biti zamena za rešavanje viška zaposlenih - kolektivno otpuštanje svih učesnika nije dopušteno;

- nedolazak na mesto okupljanja ne predstavlja valjan (opravdan) otkazni razlog;

- u delu zakona koji reguliše prestanak radnog odnosa zbog nezakonitog štrajka nužno je razgraničiti odgovornost organizatora i učesnika štrajka po ugledu na crnogorski Zakon o štrajku.

Na kraju, iako su uzroci štrajkova prevashodno u ekonomskoj sferi, afirmacijom alternativnih načina rešavanja sporova, pregovaranjem i efikasnijim (bržim) rešavanjem individualnih radnih sporova, a samim tim i jačanjem autoriteta sudskih odluka, uticalo bi se na smanjenje broja štrajkova, i na normalizovanje odnosa između rada i kapitala.

PREDRAG TRIFUNOVIĆ  
Retired Judge of Supreme Court of Cassation

## DISMISSAL FOR ILLEGAL STRIKE

### Summary

The paper focuses on the court practice related to the termination of employment with employer, in general terms, for illegally organised or illegally conducted strike. The author supports specifying and separately defining the liability of the organisers and distinguishing them from common participants; emphasizes the necessity of individualization and establishing individual guilt, suggests improvements for certain legislative solutions and underlines the need to adopt a new Law on Strike in compliance with the Constitution.

*Key words:* strike, illegality, dismissal, court, organiser, participant, guilt, delusion, announcement, gathering place, court practice

IVICA LAZOVIĆ

## UREĐIVANJE ETIČKOG POSTUPANJA KODEKSIMA – ETIČKI KODEKS MIRITELJA I ARBITARA

*U radu se analizira uređivanje etičkog postupanja kodeksima i traži odgovor na pitanje opravdanosti tog trenda. Pravi se osvrt na teorijske osnove i pravnu praksu našeg savremenog društva i ukazuje na moguće opšte benefite od primene etičkih kodeksa, kroz veću koheziju struka, kroz veću pravnu sigurnost, ali se ukazuje i na etičke kodekse kao važan izvor radnog prava. Na tragu navedenog, analizira se i Etički kodeks miritelja i arbitara, koji propisuje etičke principe i opšteprihvaćena pravila ponašanja i visoke profesionalne standarde ponašanja za miritelje i arbitre, a čime se teži unapređenju i podizanju kvaliteta i samog postupka mirnog rešavanja radnih sporova.*

Ključne reči: *moral, etika, etički kodeks, uređivanje*

### U V O D

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova propisano je da su miritelji i arbitri dužni da se u postupku mirnog rešavanja radnih sporova pridržavaju etičkog kodeksa koji će doneti ministar nadležan za poslove rada.<sup>1</sup> U skladu sa napred navedenom odredbom, ministar nadležan za poslove rada je doneo Etički kodeks miritelja i arbitra.<sup>2</sup>

---

Dr Ivica Lazović, zamenik direktora u Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova, Beograd.

<sup>1</sup> Zakon o izmenama i dopunama zakona o mirnom rešavanju radnih sporova, *Službeni glasnik RS*, br. 50/18, član 30.

<sup>2</sup> Etički kodeks miritelja i arbitra, *Službeni glasnik RS*, br. 1/19.

Navedeno nas je podstaklo da se u ovom radu pozabavimo problemom etike, etičkog postupanja, pre svega kroz kratak osvrt na teoriju, ali i postojanje kodeksa u raznim postupcima, kao i odredbama navedenih dokumenata.

Mi ćemo se u ovom radu baviti fenomenom etičkih kodeksa u pravnom sistemu u Republici Srbiji, odnosno kako i čime se uređuje etičko ponašanje u nekim selektovanim slučajevima u našem pravu.

### MORAL, ETIKA, ETIČKO POSTUPANJE I KODEKSI

U relativno skorije vreme, primetna je tendencija da se mnoga postupanja uređuju raznim etičkim kodeksima. Međutim, pre nego što se osvrnemo na prisustvo tih kodeksa u našoj pravnoj praksi, u našem društvu, u današnje vreme, neophodno je da napravimo kratak osvrt na osnovne pojmove, moral, etiku, etičko postupanje i kodekse.

Termin moral vodi poreklo od latinskih reči *mos* – običaj, *mores* – vladanje, *moralis* – ćudoredan, *moralan*, dok na grčkom *ethos* znači običaj, a *ethicos moralan*, ćudoredan.<sup>3</sup>

Reč etika vodi poreklo od grčke reči *ethos* – običaj, *ethikos* – moralan, koji se odnosi na moral, odnosno na latinskom *philosophiamoralis*, *philosophiapractica*, što je filozofska disciplina koja za predmet istraživanja ima moral, moralne vrednosti, moralne pojave i kriterije moralnosti. Ova disciplina se u novije vreme intenzivno razvija i kao primenjena etika, sa velikim brojem manjih oblasti, kao što su poslovna etika, medicinska etika, bio-etika, ekološka etika, itd. Ona istražuje šta je ispravno ili prihvatljivo, a šta nije u posebnim oblastima ljudske prakse i koji su razlozi za to. Etika kao filozofska disciplina može se odrediti kao teorija morala i zato treba razlikovati termine “etika” i “moral”. Ova razlika se gubi i termin “etički” sve više postaje sinonim za termin “moralan”. Etika je dakle teorija o moralu, dok je moral vrednosni kriterijum koji se primenjuje na radnje i prakse. Termin moral ima dve dimenzije značenja, koje su njegov sastavni deo. To su njegova vrednosna specifičnost kojom se ustanovljuje domen njegove moguće primene, koja ga razdvaja od ostalih vrednosti, a druga dimenzija čini to da je moral vrsta prakse, deo naše vrednosne stvarnosti, da je on jedna činjenica u oblasti društvene prakse, dakle moral je jedna socijalna činjenica.<sup>4</sup>

Prema Kantu, moral je ponašanje po zakonu koji može važiti za sve, kao ponašanje koje čoveka ne uzima kao sredstvo, nego kao cilj, Moral se može odrediti formalno: “moralno dobro” je ono koje obavezuje, određuje dužnost. Kant smatra

<sup>3</sup> V. *Enciklopedija političke kulture*, Savremena administracija, Beograd, 1993, str. 698.

<sup>4</sup> Jovan Babić, “Etika i moral”, *Theoria*, Srpsko filozofsko društvo, Beograd, 2008, str. 35–48.



da je moral “kategorički imperativ”, a “moralna” je ona delatnost koja se vrši radi nje same, a ne iz nekog drugog motiva. Prema Kantu, čovek nosi moralni zakon u sebi i moral je bezuslovna čovekova obaveznost.<sup>5</sup>

Moral i pravo imaju suštinski isti objekat regulisanja, a to su društveni odnosi među ljudima. Na taj način i služe istom cilju, a to je ostvarivanje pravičnog i funkcionalnog društvenog života. Međutim, oni se prema regulisanju društvenih odnosa među članovima društva ne odnose isto, već uz pomoć različitih sredstava. Pravo je sistem heteronomnih normi koje su zasnovane na autoritativnom propisivanju pre nego na dobrovoljnom prihvatanju, a ono postaje delotvorno obično putem formalne prinude, umesto neformalnog društvenog pritiska, karakterističnih za moral. To je uzrok zbog koga su pravne norme uglavnom usmerene na ponašanje ljudi, a ne na njihova ubeđenja i osobine.<sup>6</sup>

Akademik Slobodan Perović je govorio da nam moral, kao sistem društvenih normi, pokazuje razliku između dobrog i lošeg u egzistenciji čoveka kao prirodnog i društvenog bića u vizuri dobrog, sa stanovišta određenog prostora i vremena, kao što su: ljubav i mržnja, istina i laž, savest i iskušenje, sloboda i nesloboda, dobro i zlo, bezobzirnost i tolerancija.<sup>7</sup>

Pravnom prirodom morala i definisanjem ovog fenomena se posebno bavio profesor Pravnog fakulteta u Beogradu dr Radimir Lukić (1914–1999) koji je najznačajniji autor u ovoj oblasti i osnivač discipline sociologije morala, svojim istoimenim delom *Sociologija morala*.<sup>8</sup> U ovom svom glavnom delu o sociologiji morala, a na koje ćemo napraviti kratak osvrt na narednim stranicama, profesor Lukić iznosi sistem sociologije morala kroz pojam i razvoj sociologije morala, moral kao društvena pojava, odnos morala i društva i analizira savremene društvene procese i budućnost morala.

Pod “moralom” se može podrazumevati ili odgovarajuće ljudsko ponašanje, ili skup normi koje bi trebalo da uredi sferu moralno prihvatljivih postupaka. Sadržinski se moral određuje različitim terminima, pri čemu prevladava “moralno dobro”, kao “ispravno”, “vrlo”, ili kao “čoveštvo”, “ljudskost”.<sup>9</sup>

Moral ukazuje šta je vrhovno dobro, sreća, zadovoljstvo i ne poima se kao obaveza i dužnost, već moral pokazuje šta je dobro.

---

<sup>5</sup> Imanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, BIGZ, Beograd, 1981.

<sup>6</sup> Peter Koler, “Pravo, moral i vrlina” *Anali*, Pravni fakultet, LIII, br. 2, 2005, str. 67.

<sup>7</sup> Slobodan Perović, “Prirodno pravo i moral”, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2012, str. 8–9.

<sup>8</sup> Radimir D. Lukić, *Sociologija morala*, Sabrana dela, sedmi tom, Beograd, 1995.

<sup>9</sup> Radimir D. Lukić, *Sociologija morala*, Naučna knjiga, Beograd, 1976, str. 97.

Za moral je karakteristična unutrašnja obaveznost, moralni subjekat oseća da je moralno obavezan, dok je moral cilj samom sebi, jer moralna norma se poštuje iz samog poštovanja morala.

Moral obavezuje jer se njime ostvaruje jedna moralna vrednost; pritom, podrazumeva se postojanje jedne vrhovne moralne vrednosti. Dobro kao vrhovna moralna vrednost, odnosno "moralno dobro" se suprotstavlja "zlu". Teško je ući pritom u sadržinu pojma morala, šta je moral jer je to različito. Moral se uviđa razumom, ali se još i "oseća" i nije potreban razumski dokaz.

Moralna obaveza se oseća "trenutno", bez obzira što čovek može dugo da razmišljao sredstvima pomoću kojih treba da ostvari moralnu normu. Moralna obaveza je teška, vrši pritisak na ljudsku prirodu i često je protivna jednom delu čovekovog bića koje je protivrečno. Nemoralno postupanje se kvalifikuje kao neljudsko, nedostojno čoveka, kao poricanje čoveka u sebi. To ne znači da nemoralnost može da se poistoveti sa nečim životinjskim i nemoralnost je čisto ljudska crta. Kao sankcija se javlja griža savesti, osećanje stida i neodređenog straha zbog posledica koje će nastupiti.<sup>10</sup> Takođe, osećanje gađenja, prezira prema sebi i osude pa i drastično samokažnjavanja u vidu samoubistva. Griža savesti je potpuno autonomno osećanje koje se javlja automatski.

Postoje specifične i nespecifične moralne sankcije, ove prve su moralni prezir i moralno gađenje, dok se ove druge sastoje u smanjenju dodira, odnosa i veza sa prekršiocom. Moralni prezir se sastoji u oceni moralnog prekršioca kao nižeg bića, moralni prezir povlači i odgovarajuće držanje prema prekršiocu, a moralno gađenje nije sud vrednosti, nego je specifično osećanje neprijatnosti pri samoj pomisli na prekršioca. U nespecifične sankcije spadaju i javno izražavanje prezira, osude i ukora, a može doći i do izvesnih prinudnih mera neposredno prema imovini, telu ili životu prekršioca.<sup>11</sup>

Primena morala se sastoji u ponašanju određenih ljudi, moralnih subjekata, po moralnim normama. Primena morala može biti ili ponašanje po dispoziciji moralne norme, odnosno po osnovnoj moralnoj zapovesti, ili ponašanje po sankciji moralne norme pošto se prekršila njena dispozicija. Primena morala u širem smislu obuhvata i primenu moralne dispozicije i primenu sankcije zbog njenog prekršaja.

Moralna situacija je društvena situacija, splet odnosa i veza između dve individue ili više pojedinaca u kome nastoje da se ponašaju po izvesnim moralnim normama. Pod moralno nereguliranim situacijama smatramo one u kojima nema konkretnih moralnih normi o odgovarajućem ponašanju moralnih subjekata.

<sup>10</sup> R. Lukić, nav. delo, str. 117.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Gde su sve situacije obuhvaćene apstraktnim moralnim normama, nema nemoralnih situacija.<sup>12</sup>

Moralno ovlašćenje jeste ovlašćenje moralnog subjekta u moralnom odnosu da zahteva da mu druga strana u tom odnosu, subjekt moralne dužnosti, učini nešto što je propisano normom. Moralni odnos je, odnos uzajamnih, korelativnih prava i dužnosti - svakom pravu odgovara jedna moralna dužnost i obrnuto.

Moral poznaje samo dužnosti, ne i prava, a moralni subjekt oseća samo svoju dužnost, a nikako pravo drugog subjekta. Pravni subjekt oseća i pravo drugog subjekta, dok je subjektivno pravo čisto pravo, dotle moralno pravo uvek ide sa dužnošću da se zahtevanjem svog prava obezbedi ispunjenje dužnosti drugog. Moralno pravo je uvek i moralna dužnost, ali to ne menja činjenicu da je ono i pravo, a ne samo dužnost. Subjekti u konkretnom odnosu imaju jasno osećanje razlike između položaja tipičnog subjekta dužnosti i tipičnog subjekta moralnog prava. Subjekt prava se može i odreći svog prava kao takvog, ali ne i kao dužnosti.<sup>13</sup>

Postoji i element prava i element dužnosti u moralnom odnosu, pa tako zahtevajući svoje moralno pravo, subjekat prava neposredno podstiče subjekta moralne dužnosti da svoju dužnost vrše.

Kada je reč o pojmu kodeksa, on u najširem smislu, određuje zbornik zakona, propisa, pravila, opšte prihvaćena pravila ponašanja, običaje koji vladaju u nekoj sredini ili nepisani zakon. Kodeks je zbornik zakona, pravila i propisa kojim se reguliše ponašanje ljudi u nekoj oblasti. Kodeks može biti pravni, etički, diplomatski, crkveni, estetski itd. Etički kodeks sadrži pravila kojih se pojedinac mora pridržavati u svojoj praksi.

Moralna načela etičkih kodeksa i radno pravo su u direktnoj vezi, kroz težnju radnog prava da moralizuje radne odnose i etički kodeksi često i štite neka od najvažnijih individualnih i kolektivnih radnih prava. Kao takvi, etički kodeksi mogu biti i značajni izvori radnog prava.<sup>14</sup>

#### NEKI OD PRIMERA ETIČKIH KODEKSA U NAŠEM PRAVNOM SISTEMU

Može se zaključiti da je u Republici Srbiji u primeni relativno veliki broj etičkih kodeksa, sudeći prema analizi glasnika i objavljenih akata koji u sebi sadrže odrednicu "etički kodeks". Najveći broj njih se odnosi na uređivanje postu-

---

<sup>12</sup> R. Lukić, nav. delo, str. 166.

<sup>13</sup> R. Lukić, nav. delo, str. 166.

<sup>14</sup> Sanja S. Sremčev Ilić, *Kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja kao izvor radnog prava*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd, 2015.

panja službenika lokalne samouprave, pa tako su objavljeni sledeći kodeksi: Etički kodeks ponašanja funkcionera lokalne samouprave SO Ruma, Etički kodeks ponašanja funkcionera Gradske opštine Stari grad, Etički kodeks ponašanja funkcionera u Opštini Crna Trava, Etički kodeks ponašanja funkcionera lokalne samouprave grada Subotice, Etički kodeks ponašanja funkcionera grada Leskovca, Etički kodeks interne revizije grada Pančeva, Etički kodeks ponašanja funkcionera grada Leskovca, Etički Kodeks ponašanja funkcionera lokalne samouprave u Zaječaru, Etički kodeks ponašanja funkcionera lokalne samouprave u Trgovištu, Etički kodeks ponašanja funkcionera Grada Leskovca, Etički kodeks za interne revizore zaposlene u Opštinskoj upravi Šid, Etički kodeks ponašanja funkcionera i zaposlenih u Upravi Gradske opštine Pantelej, Etički kodeks ponašanja funkcionera lokalne samouprave u Nišu i Etički kodeks ponašanja zaposlenih u gradskim upravama i službama Grada Niša. Svi navedeni etički kodeksi se primenjuju u određenim sredinama i sličnog su sadržaja, koji se uglavnom odnosi na uređivanje ponašanja na lokalnom nivou.

Međutim, mnogo širi značaj imaju sledeći kodeksi: Kodeks profesionalne etike advokata (Sl. glasnik RS, br. 27/12), Etički kodeks članova Visokog saveta sudstva (Sl. glasnik RS, br. 26/16), Etički kodeks – etički principi i pravila ponašanja sudija (Sl. glasnik RS, br. 96/10), Kodeks ponašanja državnih službenika (Sl. glasnik RS, br. 29/08, 30/15, 20/18, 42/18), Etički kodeks miritelja i arbitara (Sl. glasnik RS, br. 1/19), Etički kodeks posrednika (Sl. glasnik RS, br. 146/14), Etički kodeks javnih izvršitelja (Sl. glasnik RS, br. 105/16), Etički kodeks članova Državnog veća tužilaca (Sl. glasnik RS, br. 60/14), Etički kodeks javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 87/13), Etički kodeks za državne revizore i druge zaposlene u Državnoj revizorskoj instituciji (Sl. glasnik RS, br. 44/09), Etički kodeks doktora stomatologije (Sl. glasnik RS, br. 14/08), Etički kodeks Komore medicinskih sestara i zdravstvenih tehničara Srbije (Sl. glasnik RS, br. 67/07), Etički kodeks farmaceuta Srbije (Sl. glasnik RS, br. 6/07), Etički kodeks biohemičara (Sl. glasnik RS, br. 106/06).

Iako se svim navedenim kodeksima uređuje etičko ponašanje različitih profesija, te se njihova različitost i ogleda u specifičnosti profesije na koju se odnose, ipak postoji i veliki stepen sličnosti. Više-manje, svi kodeksi sadrže opšte odredbe, opšta načela, odnose, definisanje kršenja načela i prelazne i završne odredbe. Ipak, smatramo za potrebno i da se posebno osvrnemo na neki od etičkih kodek-

sa, te ćemo kao primer uzeti Kodeks ponašanja državnih službenika<sup>15</sup> i Kodeks ponašanja posrednika.<sup>16</sup>

Kodeksom ponašanja državnih službenika se uređuju pravila etičkog ponašanja državnih službenika i način praćenja njegove primene, a sve u cilju da se bliže utvrde standardi integriteta i pravila ponašanja državnih službenika iz organa državne uprave, službi Vlade i stručnih službi upravnih okruga i da obavesti javnost o ponašanju koje ima pravo da očekuje od državnih službenika. Kodeks dalje propisuje Poverenje javnosti, Zakonitost i nepristrasnost u radu, Politička neutralnost, Ostvarivanje javnog interesa, Sprečavanje sukoba interesa, Sprečavanje sukoba interesa pri stupanju na rad, Postupanje sa poklonom, Postupanje sa poverenim sredstvima, Postupanje sa informacijama, Zaštita privatnosti, Ophođenje sa strankama, Ophođenje sa pretpostavljenima i drugim državnim službenicima, Standarde odevanja na radu, Zaštita standarda ponašanja i zabrana mobinga, Praćenje primene Kodeksa, Pritužbe zbog kršenja Kodeksa, Obaveštavanje javnosti o pravilima ponašanja državnih službenika. Posebno zanimljiv mehanizam za praćenje primene ovog kodeksa su godišnji izveštaji koji svi organi državne uprave dostavljaju Visokom službeničkom savetu.

S druge strane, kada govorimo o Kodeksu ponašanja posrednika, njime se uređuju se etički principi i pravila ponašanja posrednika. Iako je posredovanje uređeno posebnim zakonom, Etički kodeks posrednika primenjuje se i obavezuje posrednike koji je upisan u Registar posrednika. Naravno, Posrednik se na prvom mestu u svom radu pridržava etičkih principa i pravila ponašanja poštovanjem načela i standarda propisanih Zakonom o posredovanju u rešavanju sporova. Kodeks dalje propisuje da se neutralnost i ravnopravni položaj strana u postupku posredovanja ostvaruje tako što posrednik postupa na jednak način prema stranama u postupku uz poštovanje pravila postupka. On propisuje i da posrednik deluje nepristrasno u postupku posredovanja. Takođe, definiše i kada posrednik ne postupa nepristrasno: ako ima lični ili poslovni odnos sa jednom od strana, ako ima finansijski ili drugi interes u odnosu na predmet posredovanja, ako je delovao u korist jedne od strana u postupku posredovanja. Propisuje se i da posrednik odbija posredovanje u bilo kojoj fazi postupka ako proceni da je njegova nepristrasnost dovedena u pitanje.

---

<sup>15</sup> Kodeks ponašanja državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 29/08, 30/15, 20/18, 42/18.

<sup>16</sup> Etički kodeks posrednika, *Službeni glasnik RS*, br. 146/14.

Ako posrednik u toku postupka posredovanja uoči da nije u stanju da kompetentno vrši posredovanje, o tome obavještava strane i povlači se iz postupka posredovanja ili pribavlja saglasnost strana da zatraži pomoć u posredovanju.

Poverljivost se obezbeđuje tako što posrednik čuva sve podatke, predloge i izjave iz postupka posredovanja ili u vezi sa postupkom posredovanja kao tajnu, ako se strane u postupku posredovanja nisu drugačije sporazumele.

Poštovanje obaveze poverljivosti ne odnosi se na podatke, izjave i predloge koji se moraju saopštiti na osnovu zakona i na druge slučajeve, u skladu sa zakonom.

Kodeks predviđa i da posrednik obezbeđuje poverljivost tako što strani u postupku ne otkriva informacije koje mu je u poverenju saopštila druga strana, bez njene saglasnosti.

Zaštitu poverljivosti posrednik obezbeđuje i kroz preduzimanje radnji i mera u cilju čuvanja podataka dobijenih u postupku posredovanja kao i kroz obezbeđenje sigurnog načina uništavanja dobijenih podataka.

Posrednik vodi postupak posredovanja u skladu sa Kodeksom, obezbeđuje poštovanje rokova i potrebu za brzim okončanjem postupka uz proceduralnu tačnost, pravičnost, kompetentnost i uzajamno poštovanje učesnika procesa.

Posrednik obezbeđuje poštovanje kvaliteta procesa tako što preduzima sledeće: upoznaje strane sa karakteristikama postupka posredovanja, ulogom posrednika, mogućnošću okončanja postupka zaključenjem sporazuma, kao i na koji način sporazum o rešavanju spora putem posredovanja može da ima svojstvo izvršne isprave, sprovodi postupak posredovanja na način predviđen zakonom, uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja, položaj strana u postupku, zahteve i interese strana, poštujući potrebu za što bržim okončanjem postupka, pruža stranama jednaku mogućnost za učešće u postupku, preduzima potrebne mere u cilju obezbeđenja zakonitosti sačinjenog sporazuma, kao i razumevanje prava i obaveza strana proisteklih iz sporazuma.

Takođe, posrednik na početku postupka treba da pazi da stranke budu pravilno i jasno upoznate sa troškovima postupka u skladu sa zakonom.

Ovaj kodeks propisuje i da posrednik svojim ličnim angažovanjem unapređuje praksu posredovanja, saradnju među posrednicima i stručnjacima iz drugih oblasti koje su od značaja za posredovanje i afirmiše postupak posredovanja kao pogodan i preporučljiv način mirnog rešavanja sporova na profesionalan, istinit i dostojanstven način.

## ETIČKI KODEKS MIRITELJA I ARBITARA

Verovatno najmlađi kodeks u našem pravnom sistemu je Etički kodeks miritelja i arbitara, koji je ugledao svetlo dana prvog radnog dana 2019. godine, naime objavljen je u Službenom glasniku broj 1/19. On je rezultat želje socijalnih partnera, sindikata, poslodavaca i države, koji su bili članovi Radne grupe za izmenu Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova, da se postupanje miritelja i arbitara, koje inače nije previše normirano Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova, usmeri na minimalnim etičkim principima. Kao bitno pitanje javilo se ko će biti predlagač etičkog kodeksa, a imajući u vidu da je predlagač zakona resorno ministarstvo za rad, to je bilo prihvaćeno rešenje i po pitanju donošenja kodeksa. Za nešto manje od šest meseci od donošenja Zakona o izmenama i dopunama Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova, resorni ministar je doneo Etički kodeks miritelja i arbitara.

Ovim kodeksom uređuju se etički principi i pravila ponašanja miritelja i arbitara koji su upisani u Imenik miritelja i arbitara Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova.<sup>17</sup>

Ovaj kodeks odmah u uvodnom delu načelno određuje da su miritelji i arbitri, tokom postupka mirnog rešavanja individualnih i kolektivnih radnih sporova, dužni da se rukovode i primenjuju etičke principe i opšteprihvaćena pravila ponašanja i visoke profesionalne standarde ponašanja. Nakon toga, kodeks u 18 stavki razrađuje te etičke principe i opšteprihvaćena pravila ponašanja i visoke profesionalne standarde ponašanja.

Kao prvo, uređuje se da miritelji i arbitri svoje odluke donose na osnovu slobodnog uverenja, zasnovanog na primeni zakona. Time bi trebalo obezbediti pored visokih profesionalnih standarda i zakonitost i nepristrasnost u postupanju.

Kao drugo, uređuje se da miritelji i arbitri u svom radu budu nezavisni u odnosu na udruženja poslodavaca, sindikate i strane u sporu. To je još jedna odredba kojom se naglašava nezavisnost u kontekstu tripartizma, koji je karakterističan za ove postupke.

Sledećom tačkom uređuje se da se donete preporuke miritelja i rešenja arbitara zasnivaju na zakonu, izvedenim dokazima, utvrđenim činjenicama, a na osnovu principa objektivnosti.

---

<sup>17</sup> Ivica Lazović, "Pravo na mirno rešavanja radnih sporova i njegovo ostvarivanje u normativnom okviru Republike Srbije", *Pravni život*, br. 11, Tom 3, 2017, str. 343.

Kao četvrto, uređuje se da miritelji i arbitri prema stranama u sporu postupaju nepristrasno, uz poštovanje pravila postupka, bez naklonosti, predubeđenja ili predrasuda.

Dalje, kodeks uređuje da miritelji i arbitri prepoznaju slučajeve koji mogu dovesti do sukoba interesa, da izbegavaju radnje i aktivnosti koje do toga mogu dovesti i da odbiju prijem poklona ili bilo kakve usluge ili koristi za sebe ili drugog od strana u postupku, njihovih predstavnika ili drugih zainteresovanih lica, tokom postupka. Na ovaj način je primetna intencija da se kroz etičko određenje onoga što nije poželjno smanji svaka mogućnost korupcije u postupku.

Etički kodeks u svojoj šestoj tački uređuje da miritelji i arbitri ne koriste svoju ulogu, odnosno svoje znanje za ostvarivanje privatnih ciljeva, odnosno interesa. Kao i prethodna i ova tačka ima antikoruptivnu svrhu.

Nadalje, kodeks uređuje da miritelji i arbitri izbegavaju odnose koji bi doveli ili mogli dovesti do sumnje u njihovu objektivnost i nezavisnost. Ovde je pored smanjenja mogućnosti korupcije cilj i staviti naglasak na nezavisnost.

Etički kodeks uređuje i da se, tokom postupka, miritelji i arbitri ponašaju politički neutralno od svojih uverenja. Politička neutralnost je važna u radnim sporovima, te je ovo pokušaj naglašavanja te činjenice.

Poverljivost postupka nastoji da se obezbedi kroz devetu tačku, kojom se uređuje da miritelji i arbitri ne saopštavaju neovlašćeno informacije do kojih su došli tokom postupka ili da dokumenta iz postupka učine dostupnim trećim licima, osim u opravdanim slučajevima, u skladu sa zakonom.

Miritelji i arbitri su dužni i da se staraju o poverljivosti postupka na način propisan desetom tačkom, tako što stranama u sporu neće otkrivati informacije koje im je u poverenju saopštila jedna ili druga strana, bez njihove saglasnosti.

Takođe, dužni su da štite poverljive informacije preduzimanjem odgovarajućih mera i radnji tokom postupka kao i kroz vraćanje prikupljenih dokumenata Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova, po okončanju postupka.

Kodeks propisuje da su miritelji i arbitri dužni da nastoje da uspostavljaju i održavaju saradnju i dobre odnose sa stranama u sporu, uz poštovanje pravila postupka.

Miritelji i arbitri su dužni i da postupaju ispravno i časno sa stranama u sporu, podstiču i doprinose poverenju javnosti u mirno rešavanje radnih sporova.

Takođe, miritelji i arbitri su dužni da svojim ponašanjem prema stranama u sporu održe ozbiljnost i pristojnost, budu strpljivi, dostojanstveni i ljubazni.



Tokom postupka miritelji i arbitri treba da nastoje da stranama u sporu ne daju izjave niti komentare, koji bi mogli da utiču ili ugroze pravičnost postupka.

Miritelji i arbitri su dužni i da se u komunikaciji sa medijima uzdrže bilo kakvog ličnog isticanja i komentarisanja kojim se otežava ili ugrožava postupak.

Oni treba i da nastoje da svoju profesionalnu osposobljenost i kompetencije stalno unapređuju, kroz obuke koje planira i realizuje Republička agencija za mirno rešavanje sporova.<sup>18</sup> Na ovaj način se skreće pažnja na profesionalnost.

I u poslednjoj tački, kodeks uređuje da su miritelji i arbitri dužni da svojim ličnim angažovanjem unapređuju praksu mirnog rešavanja radnih sporova i saradnju sa stručnjacima iz drugih oblasti koje su od značaja za mirno rešavanje radnih sporova.

Iako u samom Etičkom kodeksu nije predviđena sankcija za njegovo kršenje i nepoštovanje, to je urađeno Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova, gde je članom 45. stav 11. propisano da svojstvo miritelja i arbitra prestaje, između ostalog, brisanjem iz imenika ako ne postupa u skladu sa etičkim kodeksom.

## ZAKLJUČAK

Uređivanje etičkog postupanja kodeksima je izraženo u našem pravnom sistemu i možemo zaključiti da postoji veliki broj etičkih kodeksa u primeni. Opravdano se postavlja pitanje, da li je to realna potreba ili hir, moda, trend? U ovom radu smo osvrtno na teorijske osnove, pre svega kroz sociologiju morala, ali i pravnu praksu našeg savremenog društva došli do zaključka da su etički kodeksi korisni u bar tri smera. Prvi smer je što kodeksi dovode do veće kohezije među predstavnicima pojedinih struka na koje se odnose o tome šta je poželjno ponašanje u okviru te struke i time doprinose podizanju kvaliteta u obavljanju poslova te struke. Drugi smer je što korisnici usluga neke struke kroz kodekse mogu imati unapred predstavu o nečemu što se drži za moralno, odnosno etičko u postupku pred tom strukom i samim tim i unapred određenu sigurnost. I treći smer opšteg benefita od etičkih kodeksa je što su etički kodeksi izvor radnog prava, posebno kroz odnos profesionalne etike i radnog prava.

Na tragu svih navedenih pravaca je i etički kodeks na koji smo posebno obratili pažnju u ovom radu, a to je Etički kodeks miritelja i arbitara. Ovaj kodeks naglašava etičke principe i opšteprihvaćena pravila ponašanja i visoke profesio-

---

<sup>18</sup> Videti više na: [www.ramrrs.gov.rs](http://www.ramrrs.gov.rs).

nalne standarde držanja za miritelje i arbitre, a čime se nastoji unapređenje i podizanje kvaliteta samog postupka mirnog rešavanja radnog spora.

IVICA LAZOVIĆ, Ph.D.,  
Deputy director, Republic Agency  
for Peaceful Settlement  
of Labor Disputes, Republic of Serbia

DETERMINING THE ETHICAL PROCESSING OF CODES  
ETHICAL CODE CONCILIATORS AND ARBITERS

Summary

The paper analyzes the regulation of ethical conduct by codes and asks for an answer to the question of the justification of this trend. A review is made of the theoretical bases and legal practice of our modern society and points to possible general benefits from the application of ethical codes, through greater cohesion of the profession, through greater legal security, but also points to ethical codes as an important source of labor law. On the above-mentioned, the Code of Ethics for conciliators and arbitrators is also analyzed, which prescribes ethical principles and generally accepted rules of conduct and high professional standards of conduct for conciliators and arbitrators, thus striving for their improvement and raising the quality of the procedure for peaceful settlement of labor disputes.

*Keywords:* Moral, ethics, code of ethics, editing

RADOJE BRKOVIĆ,  
RATOMIR ANTONOVIĆ

## ZAŠTITA MATERINSTVA U RADNOPRAVNIM ODNOSIMA

*Položaj žene u radnopравnim odnosima je složeniji u odnosu na muškarce. Iako žene u procesu emancipacije nastoje da budu ravnopravne sa muškim polom, u radnopравnim odnosima se potpuna ravnopravnost u tom smislu ne može postići. Svakako da je jedan od razloga za to i činjenica da je jedna od osnovnih funkcija žena reprodukcija, te se toj funkciji moraju podrediti sve druge funkcije žene. Žene se moraju posebno štititi u reproduktivnom periodu i na radnom mestu moraju uživati posebna prava. To je pravo na materinstvo, koje daje pravne garancije ženi da neće snositi konsekvence ukoliko se odluči da rodi dete i gaji dete u skladu sa zakonom. Takođe, poseban osvrt se stavlja na najnovije pronatalitetne mere Vlade Republike Srbije, kojima se nastoji boriti protiv bele kuge u našoj zemlji, kao i njihove usklađenosti sa radnim pravom i praksom. Jedno od pitanja koje obrađuju koautori u ovom radu je postoji li nesklad između državnog cilja podizanja prirodnog priraštaja i primenjene prakse u radnopравnim odnosima.*

*Ključne reči: majka, radno pravo, otkaz, trudnoća, zaštita*

### U V O D

Republika Srbija, kao i mnoge evropske zemlje, susreće se sa jednom vrlo opasnom pojavom, a to je opadanje nataliteta. Iz godine u godinu, rađa se sve

---

Dr Radoje Brković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.  
Mr Ratomir Antonović, asistent Fakulteta za pravo, bezbednost i menadžment "Konstantin Veliki" Univerziteta Union "Nikola Tesla" Beograd.

manji broj dece, dok se sa druge strane povećava smrtnost stanovništva, što neminovno vodi ka izumiranju nacije. Razlozi za ovakvu pojavu su brojni i mogu se klasifikovati na ekonomske, društvene, političke, kulturološke, profesionalne, etičke i tako dalje. Dakle, niska stopa prirodnog priraštaja je složena društvena pojava, koja ne datira odskoro, ima svoje duboke korene, kao i razloge, te se ovim problemom mora multidisciplinarno baviti, kako bi se eventualno ušlo u njegovu rešavanje. Takođe, treba istaći da rezultati mera koje se danas preduzimaju, mogu biti vidljivi tek za neku deceniju, a prema mišljenju demografa i za pola veka.

Prema raspoloživim podacima, danas u Evropi živi oko 740 miliona stanovnika. Od toga, čak 24 posto stanovništva ima više od 60 godina života, uz izraženu tendenciju starenja u budućem periodu. Očekuje se da će 2050. godine do izrazitog starenja stanovništva doći na svim kontinentima, izuzev Afrike, te da će više od četvrtine svetske populacije biti starije od 60 godina.<sup>1</sup>

U Republici Srbiji je stopa prirodnog priraštaja -5,5 procenata, stopa nataliteta je 9,2 procenta, dok je stopa mortaliteta 14,8 procenata. Prosečni Srbin je star 43 godine, a dužina životnog veka u proseku iznosi 73 godine, za muškarce i 78 godine za žene. U Srbiji je najstarije stanovništvo u regionu Južne i Istočne Srbije, gde živi najviše stanovnika preko 60 godina života, potom slede regioni Šumadije i Zapadne Srbije, Beograda i Vojvodine.

Pored niskog prirodnog priraštaja, migracije takođe predstavljaju jedan od razloga osipanja stanovništva u Srbiji, ali i regionu. Tu najpre treba razlikovati interne migracije, unutar same države, kao i eksterne, ka drugim državama. Unutrašnje migracije nastaju iz manjih i nerazvijenih sredina ka velikim centrima i gradovima. U ovim migracijama su putevi uglavnom vodili iz regiona Šumadije i Zapadne Srbije, potom regiona Južne i Istočne Srbije ka regionu Beograda i Vojvodine, u kojima vlada permanentni priliv novog stanovništva. Ove migracije su motivisane ekonomskim razlozima, jer je u velikim gradovima i razvijenim sredinama lakše naći posao i samim tim obezbediti egzistenciju.

Eksterne migracije vode van granica Republike Srbije. Naša država je poznata po "proizvodnji inteligencije" ili odlivu mozgova, koji se ogleda u konstantnom odlasku visokoobrazovane radne snage iz zemlje. Srpski intelektualci svuda u svetu ostvaruju zapažene radne rezultate, a prema podacima Filozofskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, od 1994. do 1999. godine, Srbiju je napustilo oko pet posto visokoobrazovanih ljudi. Najčešće destinacije u koje odlaze su Austrija, Nemačka i Švajcarska.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Nemanja Berber, Tatjana Kuzmanović, *Demografske promene u polu i starosti i njihov uticaj na savremeno poslovno okruženje*, Škola biznisa, 1/2017, Beograd, 64/116, str. 116–118.

<sup>2</sup> Ratimir Antonović, "Pravna i materijalna podrška porodicama sa decom" *Izbor sudske prakse*, broj 2, 2019. godine, Beograd, 3–17.

Tokom 2018. godine, Vlada Republike Srbije je donela Strategiju podsticanja rađanja<sup>3</sup> koju je izradilo Ministarstvo bez portfelja, zaduženo za populacionu politiku. Strategijom su postavljeni ciljevi strateškog delovanja na ovom planu. Opšti cilj održivog demografskog razvoja u Srbiji je cilj tzv. stacioniranog stanovništva, što znači da će sledeća generacija biti u istom obimu kao i sadašnja. To je princip zamene generacija, što u praksi znači da se jedna odrasla osoba ženskog pola zamenjuje sa novorođenim detetom ženskog pola, pa je neto stopa reprodukcije jednaka jedinici. Na ovaj način, u roku od 10-15 godina, očekivana stopa bi bila 1,85 deteta po jednoj ženi, čime bi se beležio porast od 10 procenata.

U segmentu finansijske pomoći, načinjen je značajan pomak uvođenjem tzv. roditeljskih dodataka. To je vid finansijske podrške, koji ostvaruju majke po rođenju deteta. Visina tih dodataka varira u zavisnosti od broja rođene dece.

### POLOŽAJ ŽENE U RADNOM ODNOSU

Žena danas ima višestruku ulogu u društvu. Pored toga što je ona majka, supruga i stub porodice, na ženu se prebacuje i ekonomska funkcija, te u poslednje vreme žena izdržava porodicu i privređuje. Stoga, postavlja se pitanje, kako postaviti balans između svih ovih obaveza, uz poštovanje specifičnih obeležja žene, kao slabijeg pola, fizički i psihički osetljivijeg i reproduktivne funkcije, koja je primarna kod žene. Naročito je važno pružiti adekvatnu zaštitu ženi u radnom odnosu, jer su se žene pokazale u radnim odnosima kao ravnopravni subjekat u odnosu na muškarce, sa vrlo dobrim radnim rezultatima i uspesima, ali su često predmet diskriminacije po polnoj osnovi, i to najčešće zbog njihove reproduktivne funkcije. Iz tog razloga je posebno značajno zaštititi ulogu žene, a posebno majke ili žene koja planira da to postane.

U iznesenom kontekstu, posebna se pažnja posvećuje zaštiti trudnicama i porodiljama, jer je njihov položaj najosetljiviji. Ustav Republike Srbije<sup>4</sup> jamči jednake mogućnosti i za žene i za muškarce i razvija politiku jednakih mogućnosti. To zapravo znači da svako ima jednake uslove za rad, izbor zaposlenja, dostupnost radnih mesta pod jednakim uslovima. Kad su žene u pitanju, njima se posebno jamči sloboda o odlučivanju o rađanju dece, što je i ustavna kategorija, jer se u Ustavu definiše da žena ima pravo na podršku i zaštitu pre i posle porođaja.<sup>5</sup> Zdravstvena zaštita žena traje za vreme trudnoće, porođaja i materinstva 12 meseci nakon porođaja.

---

<sup>3</sup> "Službeni glasnik RS", broj 13/2018.

<sup>4</sup> "Službeni glasnik RS", broj 98/2006.

<sup>5</sup> Čl. 11, st. 2, tač. 2 Zakona o zdravstvenoj zaštiti, Sl. glasnik RS, br. 107/2005, 72/2009 – dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – dr. zakon, 93/2014, 96/2015, 106/2015 i

Takođe, Zakon o radu<sup>6</sup> sadrži odredbe o posebnoj zaštiti zaposlene žene, koja se odnosi na zaštitu zdravstvenog i radnog integriteta u vreme trudnoće i porođaja. Posebna zaštita se razlikuje od opšte, koja garantuje pravo na bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu, što zapravo znači zaštitu od prekovremenog rada zbog zdravstvenih razloga, te pravo zaposlenog sa narušenim zdravstvenim stanjem da ne radi određenu vrstu poslova ukoliko bi mu se time dodatno narušilo zdravstveno stanje ili nastale posledice po neposrednu okolinu. Poslove sa posebnim rizikom i opasnošću mogu vršiti samo zaposleni koji, pored opštih ispunjavaju i posebne uslove za rad u pogledu zdravstvenog stanja. Posebna zaštita podrazumeva zabranu da žena radi na poslovima koji su štetni za njeno zdravlje i zdravlje ploda u vreme trudnoće. Tu se prevashodno misli na prekovremeni i noćni rad, preraspodelu radnog vremena i posebnu zaštitu od otkaza trudnici. Trudnici se omogućuje pravo na plaćeno odsustvo sa posla za vreme obavljanja pregleda, bolesti i komplikacija nastalih u vezi sa trudnoćom, a porodilji odsustvo radi nege deteta.<sup>7</sup>

Posebna zaštita zaposlene žene obuhvata zabranu za vreme trudnoće, da radi na poslovima koji su štetni za njeno i zdravlje deteta. Međutim, ova zabrana se vezuje isključivo za utvrđenu štetnost poslova nalazom nadležnog zdravstvenog organa. Naime, za vreme trudnoće žena ne sme da radi na radnom mestu za koje je procenom utvrđen rizik po bezbednost ili zdravlje od izlaganja: fizičkim štetnostima, kao što je rad u hiperbaričnoj sredini (na primer: rad u komorama pod pritiskom ili posao koji podrazumeva ronjenje); biološkim štetnostima poput toksoplazme i virusa rubeole (osim ako je vakcinacijom na odgovarajući način dokazano da su zaštićene od ovih štetnosti) i opasnim hemijskim materijama, kao što su olovo i njegovi derivati, ukoliko postoji opasnost od apsorpcije u ljudski organizam. Isto tako, za vreme trudnoće zaposlena žena ne može da obavlja

---

113/2017 – dr. zakon. Saglasno Zakonu o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja pravo na zdravstvenu zaštitu i pravo na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite (u sadržini, obimu i standardu koji su obuhvaćeni obaveznim zdravstvenim osiguranjem) obezbeđuje se za trudnice i porodilje bez obzira na osnov po kome su zdravstveno osigurani, ukoliko ova prava ne mogu da ostvare po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Predmetno pravo na zdravstvenu zaštitu trudnice i porodilje ostvaruju bez obzira na prethodni staž zdravstvenog osiguranja. Čl. 1 i čl. 3 Zakona o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja, Sl. glasnik RS, br. 104/2013.

<sup>6</sup> “Službeni glasnik RS”, broj 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017, i 95/2018.

<sup>7</sup> Dragana Radovanović, “Posebna zaštita u vreme trudnoće i porođaja u svetlu Zakona o radu” *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, (ur. Predrag Dimitrijević), 64/2013, 255.

podzemni rad u rudniku.<sup>8</sup> Takođe, svi poslovi koji su u vezi sa teškim fizičkim radom, koji iziskuje dizanje većih tereta ili poslovima koji ženu izlažu štetnim zračenjima, ekstremnim temperaturama ili vibracijama, predstavljaju poslove koje su za trudnicu zabranjeni.

Zaštita zaposlene za vreme trudnoće obezbeđena je i vezano za prekovremeni i noćni rad, kao i u okviru instituta preraspodele radnog vremena. Zaposlena za vreme trudnoće ne može da radi duže od punog radnog vremena, ukoliko bi nadležni zdravstveni organ utvrdio da bi takav rad bio štetan za njeno i zdravlje deteta. Isto tako, zaposlena trudnica ne može da radi noću u periodu od 22,00 do 6,00 časova narednog dana, pod uslovom da je nalazom nadležnog zdravstvenog organa utvrđen štetni uticaj na zdravlje.

Zaposlenoj ženi za vreme trudnoće samo uz pisanu saglasnost poslodavac može da izvrši preraspodelu radnog vremena, tako da ukupno radno vreme u periodu od šest meseci u toku kalendarske godine (osim ukoliko kolektivnim ugovorom nije utvrđeno da se preraspodela ne vezuje za kalendarsku godinu, odnosno da može trajati najduže devet meseci) u proseku ne bude duže od ugovorenog radnog vremena zaposlene.<sup>9</sup>

#### PRAVA ŽENA U TRUDNOĆI I U VEZI SA POROĐAJEM

Položaj žene je u vreme trudnoće posebno težak, jer trudnoća, kao i prateće pojave koje uz nju idu, ženu onemogućuju u obavljanju svakodnevnih aktivnosti, kao i izvršavanju radnih obaveza. Usled trudnoće, žene nisu u stanju da budu radno produktivne, kao pre trudnoće, te se time znatno ugrožava i njihova materijalna i egzistencijalna situacija. Upravo zbog te izražene ranjivosti, žena u vreme trudnoće uživa posebnu zaštitu. Na strani poslodavca je obaveza da trudnoj ženi omogući rad u uslovima koji štite njen telesni i zdravstveni integritet, a ukoliko postoje bilo kakvi rizici koji bi mogli ženu ugrožavati, oni moraju biti otklonjeni u najkraćem mogućem roku.<sup>10</sup> Zaštita zaposlene za vreme trudnoće obezbeđena je i u vezi sa prekovremenim i noćnim radom, kao i u okviru instituta preraspodele radnog vremena. Zaposlena za vreme trudnoće ne može da radi duže od punog

---

<sup>8</sup> Čl. 5, st. 1 Pravilnika o merama za bezbedan i zdrav rad zaposlene žene za vreme trudnoće, porodilje i zaposlene koja doji dete, *Sl. glasnik RS*, br. 102/2016.

<sup>9</sup> Shodno odredbi člana 57. stavovi 2. i 3. člana 62. stav 1. člana 90. stav 1. i člana 92. Zakona o radu.

<sup>10</sup> Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2016, 217.

radnog vremena, ukoliko bi nadležni zdravstveni organ utvrdio da bi takav rad bio štetan za njeno i zdravlje deteta.

Pored navedenog, žena ima pravo na odsustvo sa rada u vreme trudnoće, porođaja i neposredno posle porođaja. Pravo na porodiljsko odsustvo zaposlena žena stiče najranije 45 dana pre vremena određenog za porođaj, a na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa. Međutim, zaposlena žena ima obavezu da otpočne porodiljsko odsustvo 28 dana pre vremena određenog za porođaj.<sup>11</sup> Porodiljsko odsustvo traje do navršena tri meseca od dana porođaja.<sup>12</sup> Nakon isteka porodiljskog odsustva, zaposlena žena ima pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodiljskog odsustva. Samim tim, trajanje odsustva sa rada radi nege deteta vezuje se za početak porodiljskog odsustva tj. 45, odnosno obavezno 28 dana pre vremena određenog za porođaj.

Pravo na porodiljsko odsustvo u trajanju do navršena 3 meseca od dana porođaja može da koristi i otac deteta. Porodiljsko odsustvo otac deteta može da koristi u slučaju kada majka napusti dete (što se može faktički dokazivati, najčešće izveštajima službe za socijalni rad), umre (dokazuje se izvodom iz matične knjige umrlih ili drugom ispravom) ili je iz drugih opravdanih razloga sprečena da koristi to pravo. Opravdana sprečenost majke da koristi porodiljsko odsustvo vezuje se za odsustvo zbog pritvora, izdržavanje kazne zatvora, teže bolesti, povrede ili drugog valjanog razloga, koji je onemogućava u korišćenju ovog prava. Otac deteta ima pravo na porodiljsko odsustvo i kada majka nije u radnom odnosu, što predstavlja njegovo izvorno, a ne supsidijarno pravo. Porodiljsko odsustvo za oca deteta čija majka nije u radnom odnosu traje do navršena 3 meseca od dana porođaja. Za razliku od porodiljskog odsustva čije korišćenje od strane oca deteta podrazumeva ispunjenje propisanih uslova, korišćenje prava na odsustvo radi nege deteta nije uslovljeno. Naime, otac u dogovoru sa majkom, može da koristi pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodiljskog odsustva.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2012.

<sup>12</sup> Regulisanje trajanja porodiljskog odsustva u pozitivnom pravu Republike Srbije usklađeno je sa odredbama Konvencije o zaštiti materinstva Međunarodne organizacije rada, koja predviđa da na osnovu lekarske ili druge odgovarajuće potvrde u kojoj se navodi predviđeni datum porođaja, žena ima pravo na porodiljsko odsustvo u trajanju ne kraćem od 14 nedelja. Čl. 4, st. 1 Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 1/2010.

<sup>13</sup> Aleksandra Popović, "Radnopravna zaštita porodilja i trudnica u pravu Republike Srbije i Evropske unije", Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu (ur. Slobodan Orlović), 1/2018, 305–322.



Žena ima pravo da koristi porodiljsko odsustvo do navršena tri meseca od dana porođaja i u slučaju ako se dete rodi mrtvo ili umre pre isteka porodiljskog odsustva. U to vreme, žena ima pravo na nadoknadu zarade, odnosno naknadu plate, koje pravo ima i otac, jedan od usvojitelja, hranitelj, odnosno staratelj deteta, kada u skladu sa propisima o radu koriste predmetno odsustvo. Osnovica naknade zarade, odnosno naknade plate ne može biti veća od tri prosečne mesečne zarade u Republici Srbiji, prema poslednjem objavljenom podatku republičkog organa nadležnog za poslove statistike na dan podnošenja zahteva, a utvrđuje se na osnovu zbira mesečnih osnovica na koji su plaćeni doprinosi na primanja koja imaju karakter zarade, za poslednjih 18 meseci koji prethode prvom mesecu otpočinjanja odsustva zbog komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće ili porodiljskog odsustva, odnosno prethode mesecu otpočinjanja odsustva po zasnivanju radnog odnosa.<sup>14</sup>

Posebno je izražen problem od otkaza u vreme trajanja trudničkog ili porodiljskog odsustva. Zakonska zaštita materinstva se upravo ogleda u zabrani davanja otkaza ženi u periodu trudničkog i porodiljskog odsustva. Otkaz koji je dat u to vreme i iz tog razloga, smatra se neosnovanim i diskriminatornim zbog ličnog svojstva žene u vreme trudnoće, odnosno nakon porođaja. Iz istih razloga, rešenje o otkazu rada trudnoj ženi ili porodilji je ništavo i ne može da proizvodi pravno dejstvo.

Posebno je značajno pitanje prava žene da, po povratku sa trudničkog i porodiljskog bolovanja, može odsustvovati sa posla radi dojenja deteta. Kao što je opšte poznato, majka može dojiti dete i po prestanku porodiljskog odsustva sa radnog mesta, što otvara pitanje kako nastaviti sa procesom dojenja u vreme radnog vremena. Prema preporuci Svetske zdravstvene organizacije, dojenje treba da traje dokle god ono prija zdravlju majke i deteta. S obzirom na to da se detetu već od šestog meseca mogu davati obroci hrane, polazi se od pretpostavke da ona može biti adekvatna supstitucija majčinom mleku u vreme njenog boravka na radnom mestu. Samim tim, odsustvovanje majke sa posla radi dojenja deteta u periodu nakon uzimanja čvrste hrane nije opravdano i ne može se dopuštati.

Međutim, Zakon o radu, u članu 93a, daje opciju majci dojlji da ima pravo na jednu ili više pauza u toku dnevnog rada u ukupnom trajanju od 90 minuta ili na skraćenje dnevnog radnog vremena u trajanju od 90 minuta kako bi dojila. Pauza u toku dnevnog rada može se koristiti jednokratno ili u delovima, uz saglasnost zaposlene žene koja doji i poslodavca. Kada se pauza u toku dnevnog rada koristi jednokratno, u neprekidnom trajanju, vreme njenog korišćenja može

---

<sup>14</sup> Radoje Brković, Bojan Urdarević, Aleksandar Antić, *Praktikum za radno i socijalno pravo*, Institut za pravne i društvene nauke, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2016, 188–193.

se rasporediti na početku ili na kraju dnevnog radnog vremena tako da se trajanje dnevnog radnog vremena skрати. Takvo korišćenje pauze, otuda, odgovara zaposlenoj ženi koja, zbog udaljenosti mesta stanovanja od mesta rada, ne može za 90 minuta da ode kući, podoji dete i vrati se na rad. Kada se pauza u toku dnevnog rada koristi u delovima, učestalost i dužinu pauza treba prilagoditi potrebama zaposlene žene koja doji i potrebama deteta, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa. Ukoliko priroda posla ne dozvoljava prekid rada ili podrazumeva rad sa strankama, zaposlenoj ženi koja doji u vreme korišćenja pauze obezbeđuje se zamena, angažovanjem zaposlenog iz dela procesa rada u kojem je prekid rada dopušten.<sup>15</sup>

Odlasci sa posla za brigu o detetu veoma su važni instrumenti posebne zaštite radnika sa porodičnim obavezama, kao i veoma važan instrument za usklađivanje profesionalnog i porodičnog života. Radnici sa porodičnim obavezama su u neravnopravnom položaju u odnosu na radnike bez tih obaveza i oni se svakodnevno bore da usklade te dve sfere života. Adekvatno utvrđena rešenja u pogledu ostvarivanja prava na odsustvo sa posla, zajedno sa instrumentima iz drugih oblasti, mogu poboljšati ili olakšati harmonizaciju profesionalnih i porodičnih obaveza, što je važno ne samo njima, već i poslodavcu i državi ili društvu u celini. Stoga je posebno važan institut odsustvo sa posla za brigu o detetu radi uspostavljanja ravnoteže profesionalnih i porodičnih obaveza.<sup>16</sup>

#### UPOREDNO PRAVNA I SUDSKA PRAKSA

Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine<sup>17</sup> izričito propisuje da poslodavac nema pravo da onemogući prijem u radni odnos trudnoj ženi, ili da raskida već postojeći radni odnos ženi koja je u međuvremenu zatrudnila. Zakonodavac je u Federaciji BiH posebno imao za shodno da naglasi da se žena u trudnoći ne sme diskriminisati, a ujedno je predvideo i mogućnost razotrkivanja otkaza, koji je formalno dat iz drugih razloga, a u stvari je pravi razlog ženina trudnoća. Tu su posebno u praksi bili slučajevi proglašavanja trudnih žena za tehnološke viškove, što je uočeno i na šta je ukazano kao najčešći osnov za otkaz ugovora ženama u Federaciji BiH.

Zakonom o radu u Federaciji BiH je omogućeno ženi odsustvo sa posla u slučajevima trudnoće, dojenja deteta, a alternativno joj je data mogućnost raspo-

<sup>15</sup> Dragana Radovanović, "Radnopravni položaj žene koja doji", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, (ur. Predrag Dimitrijević), broj 72, 2016, 247–260.

<sup>16</sup> Sandra Gvero, "The right to leave from work for taking care of child-the importance for chan: Ging normative approach", *Pravo i privreda*, vol. 57, 2019, 141-190.

<sup>17</sup> Službene novine Federacije BiH, broj 44/99, 32/00, 29/03.

ređivanja na druga radna mesta, kad je to opravdano njenim zdravstvenim stanjem, po preporuci njenog lekara. U slučaju odsustva, ženi se nadoknađuje zarada u iznosu koji je definisan kolektivnim ugovorom o radu, kao i pravilnikom o radu.

Prema odredbama Zakona o radu Federacije BiH, odsustvo žene sa posla zbog trudnoće, porođaja i nege deteta može trajati jednu godinu neprekidno, a u slučaju blizanačke trudnoće, kao i trudnoće sa trećim detetom i do osamnaest meseci u kontinuitetu. Porodiljsko odsustvo se može koristiti najranije 28 dana pre porođaja.

Zakon o radu Republike Srpske<sup>18</sup> takođe garantuje pravo ženi da u vreme trudnoće uživa posebnu zaštitu, koja traje kako u trudnoći, tako i posle porođaja. S tim u vezi se garantuje i pravo na negu deteta zaposlenim roditeljima.

I u Republici Srpskoj je strogo zabranjen svaki vid diskriminacije žena po osnovu njihovog materinstva, kao i uslovljavanje zasnivanja radnog odnosa trudnoćom i reprodukcijom. Jedino zakonodavac daje pravo poslodavcu da ne primi u radni odnos trudnu ženu ukoliko se radi o poslovima koji bi mogli da naruše njeno zdravstveno stanje i da izazovu rizik po njeno zdravlje ili zdravlje ploda. Rizik ovde mora biti utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa, odgovarajućim aktom o proceni rizika.

U sudskoj praksi su vrlo zastupljeni slučajevi diskriminacije zaposlenih po više osnova, a jedan od njih je svakako je materinstvo. Mnoge žene su bile žrtve mobinga i diskriminacije u trenucima kad su se odlučile da se ostvare kao majke. Karakteristike mobinga i diskriminacije su povreda prava na jednakost, prava na ličnu čast, ugled i dostojanstvo, kao i ugrožavanje ličnog života i zdravlja. I kod mobinga i kod diskriminacije je zastupljeno nedopušteno i neopravdano različito postupanje u odnosu na grupu ili pojedinca, čije se pravo ugrožava. Prema presudi Vrhovnog kasacionog suda,<sup>19</sup> kad jedno pravilo važi za sve zaposlene, osim za jednog zaposlenog, postoji diskriminacija u odnosu na uslove rada. Takva vrsta diskriminacije je utvrđena prilikom čestog raspoređivanja na određeni posao u odnosu na druge zaposlene, koji su na iste poslove bili raspoređivani rede.<sup>20</sup>

#### DISKRIMINACIJA ŽENA PO OSNOVU MATERINSTVA

Žene su često zbog trudnoće bile diskriminisane u radnopравnim odnosima. Posmatrane su kao teret za poslodavca u periodu odsustva usled trudnoće

---

<sup>18</sup> Službeni glasnik Republike Srpske, broj 1/16 i 66/18.

<sup>19</sup> Rev 2 306/2012 od 18.02.2013. godine.

<sup>20</sup> Mirjana Popović, "Zaštita zaposlenih od mobinga i diskriminacije", *Pravni instruktor*, broj 83/84, 2015, 99–100.

i nege deteta, te su im iz istih razloga postavljeni nekorektni zahtevi da se odreknu svog prava na roditeljstvo, da obećaju i to potpišu da u određenom periodu neće zatrudnjivati i rađati decu. Time se duboko zadiralo u intimnu sferu zaposlene žene, postavljali su joj se uslovi u postupku planiranja porodice i otvoreno im davano do znanja da poslodavac na njihovu trudnoću ne bi blagonaklono gledao. Takođe, bilo je mnogo slučajeva da su žene po ovom osnovu dobijale otkaz ugovora o radu, čime je vršena diskriminacija žena po osnovu materinstva i po polnoj osnovi.

U slučaju da žena ne dobije otkaz ugovora o radu zbog porodijskog i odustva radi brige o detetu, bilo je slučajeva da po povratku bude raspoređena na neadekvatno radno mesto, koje ne odgovara ni prema njenom stepenu stručne sprema ni koeficijentu rada, a sve sa ciljem da bude naterana da samoinicijativno zahteva otkaz ugovora o radu.

Zakonodavac u Republici Srbiji zabranjuje svaki oblik diskriminacije lica koja traže zaposlenje, a naročito po porodičnom osnovu i osnovu materinstva zaposlene žene. Diskriminacija po ovom osnovu se može javiti po pitanju uslova za zapošljavanje i izbora kandidata za radna mesta, uslove rada i prava iz radnih odnosa, obrazovanje, osposobljavanje i usavršavanje, kao i napredovanje na radnom mestu. Diskriminacija u navedenom kontekstu bi podrazumevala stavljanje određeno lice koje potražuje posao u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica po nekom od navedenih osnova u postupku zapošljavanja i izbora kandidata za određene radne pozicije.

Konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) broj 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice (radnici sa porodičnim obavezama),<sup>21</sup> nalaže da se moraju uspostaviti jednake mogućnosti po pitanju tretmana lica koja imaju porodične obaveze, da se prema njima ne sme diskriminatorski odnositi, te da se moraju preduzimati mere i ciljevi omogućavanja korišćenja prava na slobodan izbor zaposlenja, uz maksimalno uvažavanje potreba socijalne zaštite i nacionalnih mogućnosti država.<sup>22</sup> To mora da prati unapređenje službi za zaštitu dece i pomoći porodici.<sup>23</sup>

Stvaranje razlike, isključenje ili davanje prvenstva trudnicama i licima sa porodičnim obavezama u odnosu na određeni posao, ne smatra se diskriminacijom, pod uslovom da je njegova priroda takva ili se vrši u posebnim uslovima, tako da karakteristike povezane sa ovim statusima predstavljaju stvarni i odluču-

<sup>21</sup> Ratifikovana 30. juna 1987. godine («Službeni list SFRJ» broj 7/1987).

<sup>22</sup> Ljiljana Milanković Vasović, *Međunarodna organizacija rada – konvencije i preporuke*, "Intermek", Beograd, 2010, str. 22–35

<sup>23</sup> *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/87.

jući uslov obavljanja posla, kao i da je opravdana svrha koja se želi time postići. Samim tim, ne smatraju se diskriminacijom zakonske i odredbe opšteg akta i ugovora o radu, koje se odnose na posebnu zaštitu i pomoć žena za vreme porodijskog i odsustva sa rada radi nege deteta. Posebno treba istaći postojanje ograničenja za poslodavca, da prilikom zasnivanja radnog odnosa ne može od kandidata da zahteva podatke o porodičnom statusu i planiranju porodice, kao i dostavljanje isprava i drugih dokaza koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos. Isto tako, poslodavac zasnivanje radnog odnosa ne može da uslovljava testom trudnoće. Međutim, od ovog pravila propisan je izuzetak, da poslodavac može da uslovljava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće ukoliko je priroda poslova takva da postoji znatan rizik za zdravlje žene i deteta, a koji je rizik utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa.<sup>24</sup>

## ZAKLJUČAK

Položaj žena u tradicionalnim društvima i sredinama je vrlo specifičan. Razlog za to treba tražiti u tipičnom shvatanju žene kao slabijeg pola, koji je fizički, ekonomski i intelektualno podređen muškarcu. Takav stav nije žene oslobodio tereta koji nosi materinstvo i odgajanje dece, već se to od njih uobičajeno očekuje.

Proces emancipacije je žene doveo u još nepovoljniji položaj, jer je žena pored tradicionalne uloge majke i stuba kuće, dobila i ulogu privređivača i ekonomskog subjekta, od koje se očekuje da radi i bude produktivna na poslu, a kad se sa posla vrati, da vrši obaveze majke i žene. Dakle, ženine obaveze su samo udvostručene, dodat joj je novi i mnogo veći teret koji mora da nosi i da ispunjava veći broj zaduženja.

Tema rada je bilo materinstvo i radnopravne obaveze zaposlene žene, usklađivanje ove dve obaveze uz postavljanje pitanja može li se pronaći sklad između ove dve funkcije žene. Takođe, ova tema je zanimljiva i u kontekstu novih pronatalitetnih mera i politika Vlade Republike Srbije, koja stimuliše rađanje. Stoga je posebno aktuelno uporediti odredbe Zakona o radu, koje se odnose na posebnu zaštitu trudnica i porodilja u radnopravnim odnosima sa ovim merama Vlade, kao i merama koje su suprotstavljaju svakom vidu diskriminacije žena po osnovu materinstva.

Nisu retki slučajevi da se žene na početku radne karijere uslovljavaju rađanjem, odnosno nerađanjem, te da se ženi po povratku sa porodijskog i trudničkog odsustva raskida ugovor o radu, ili da se prebacuje na lošije i teže radno me-

---

<sup>24</sup> Predrag Jovanović, "Radnopravni tretman zdravstvene, radne sposobnosti i ličnog intergjeta zaposlenog", *Zbrnik radova Pravnog fakulteta Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu* (ur. Slobodan Orlović), Vol. 48, br. 3./2014, str. 43.

sto, kao način kažnjavanja žene što se odlučila da rodi. Takođe, posebna pažnja je posvećena zaštiti trudnice na radu, uz osvrt na to koje poslove ona može da obavlja na bezbedan način, a da ne naruši svoje i zdravlje ploda. Pozitivno zakonodavstvo u Srbiji ima adekvatne mere koje se odnose na ovu vrstu zaštite, a jedino se postavlja pitanje koliko se te mere u praksi primenjuju i poštuju. Takođe, značajno je pitanje koji organi i koliko efikasno vrše kontrolu nad njihovom primenom i da li se primenjuje sistem sankcija prema onim poslodavcima koji iste ne poštuju.

U radu je poseban osvrt dat na prava žena dojilja u radnom odnosu. Deca mlađa od jedne godine još nisu u potpunosti naviknuta na čvrstu hranu, koju konzumiraju kumulativno sa majčinim mlekom, koje se smatra najvažnijim sastojkom u njihovoj ishrani. Koliko majka dojilja može da odsustvuje sa posla u cilju dojenja deteta, kakve su odredbe zakona u vezi sa tim i da li ove zaposlene žene uživaju određene privilegije, pitanja su, takođe, kojima se rad bavi.

Zaključak koji se može izvesti je da su pozitivne zakonske norme vrlo kvalitetne i usklađene sa međunarodnim preporukama i aktima Međunarodne organizacije rada. One pružaju adekvatnu zaštitu zaposlenoj ženi koja se želi ostvariti u ulozi majke, uz poštovanje svih njenih prava tokom trudnoće i nakon porođaja. Takođe, njima se otklanjaju sve potencijalne mogućnosti diskriminisanja žena po osnovu materinstva, uz predviđanje strogih sankcija po poslodavce koji diskriminaciju vrše.

S obzirom na to da je podizanje nataliteta postavljeno kao jedan od prioriteta nacionalnih ciljeva, jasno je da se taj cilj može postići jedino harmonizacijom propisa iz radnopravne oblasti, koji bi morali biti još stimulaturniji po ženu da se odluči na materinstvo, i to kako sa ekonomskog, tako i sa aspekta sigurnosti da će je njeno radno mesto sačekati po povratku sa odsustva i to bez ikakvih represalija.

RADOJE BRKOVIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac  
RATOMIR ANTONOVIĆ, MSc,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Security and Management "Constantine the Great",  
Union Nikola Tesla University Belgrade

## MOTHERS PROTECTION IN LABOR RELATIONS

### Summary

The position of women in employment is more specific than men. Although women in the process of emancipation seek to be equal with men, full equality cannot be achieved in employment

in this respect. Certainly one of the reasons is the fact that the basic function of women is reproduction, and all other functions of women must be subordinated to this function. Women must be protected especially in the reproductive period and must enjoy special rights in the workplace. It is the right to motherhood that gives legal assurances to a woman that she will not bear the consequences if she chooses to have a child and raise a child in accordance with the law. Also, special attention is paid to the latest natality measures of the Government of the Republic of Serbia, which seek to combat the white plague in our country, as well as their compliance with labor law and practice. One of the issues addressed by the co-authors in this paper is whether there is a discrepancy between the national goal of raising natural growth and the practice applied in labor relations.

*Key words:* mother, labor law, dismissal, pregnancy, protection





VLADIMIR DIMITRIJEVIĆ,  
ZORAN RISTIĆ,  
ALEKSANDAR DAMNJANOVIĆ

## REGULATIVA AGENCIJSKOG ZAPOSŁJAVANJA

– Vladavina i nevladavina prava u praksi –

*Agencijsko zapošljavanje je realnost na globalnom tržištu rada, a privremeni rad je njegov najznačajniji izraz. Pristankom na neizvesnost radnog angažmana i promjenjivost radnog okruženja “radnici na lizing” svoja prava ostvaruju u agenciji koja ih zapošljava, u skladu sa opštim radnim pravom, bez obzira što faktički rad obavljaju kod drugog poslodavca. Aktuelni Zakon o radu u Srbiji ne poznaje agencijsko zapošljavanje, odnosno iznajmljivanje radnika preko agencija kao oblik radnog odnosa, pa bi se moglo zaključiti da ovakav vid zapošljavanja ne bi trebalo ni da postoji. Ipak, iako nevidljivi za krovnu regulativu radničkih prava, ovakvih radnika je sve više, a raste i broj agencija koje takve radnike nude.*

*Ovaj rad predstavlja pokušaj autora da ukažu na pravni okvir za regulaciju agencijskog zapošljavanja, kao i na sve veći njegov značaj, sa ciljem da se da doprinos da se u novom, dugo najavljivanom, zakonu jasno uredi ova oblast.*

*Ključne reči: privremeno zapošljavanje, fleksibilnost, radna prava...*

### U V O D

U Republici Srbiji se nikada nije toliko govorilo o agencijskim radnicima kao danas, a glavni razlog tome je zakonska regulativa koja se već dugo godina

---

Prof. dr Vladimir Dimitrijević, Izvršni direktor JP “Pošte Srbije”.  
Prof. dr Zoran Ristić, Centar za strateška i primenjena istraživanja JIE, doktor poslovnog upravljanja.  
Prof. dr Aleksandar Damnjanović, Centar za strateška i primenjena istraživanja JIE, doktor ekonomskih nauka.

najavljuje da će regulisati ovu oblast i brojna otvorena pitanja: Šta zapravo znači “ustupiti” (“iznajmiti”, “uzeti”, “rentirati”...) agencijskog radnika? Ko njega “ustupa” i pod kojim uslovima? Gde “radnik na lizing” radi, a gde je “stvarno zaposlen”. Kod koga prima platu i gde ostvaruje svoja prava?...

Ideja o ustupanju radnika javila se kao potreba da se odgovori na dinamično tržište rada, veću fluktuaciju radnika i potrebu poslodavaca da angažuju radnike u veoma krtakom roku.<sup>1</sup> Prve posredničke agencije pojavile su se sredinom XX veka u SAD, a razvoj agencijskog zapošljavanja tekao je različito u pojedinim zemljama sveta (u Evropi su ga među prvima uvele Holandija (1965) i Danska (1968)).<sup>2</sup> Globalizacija tržišta, njegov razvoj i sve složenija svetska privreda usloveli su i sve veću prisutnost posrednika pri zapošljavanju, a danas nije retka pojava i posrednika za nalaženje posrednika pri zapošljavanju. U razdoblju ekonomske krize od 2007. godine, prepoznata je značajna mogućnost agencija da prilagode svoj rad novonastalom stanju na tržištu rada, te one doživljavaju ekspanziju.<sup>3</sup>

Brojni su razlozi agencijskog zapošljavanja, a najčešće navođeni su veća fleksibilnost tržišta rada, kao i nemogućnost da se naće dugotrajnije zaposlenje. Ono postaje nezaobilazan partner u slobodnoj konkurenciji na tržištu rada, čime se napušta koncept monopolskog položaja javne službe za zapošljavanje.<sup>4</sup> Prednosti ovakvog načina angažovanja radnika za poslodavce su jasne, bilo da se na taj način rešava pitanje privremenih i povremenih poslova ili štedi vreme i novac za administrativnu obradu radnih mesta, a agencije snose i odgovornost u slučaju radnog spora, što dodatno rasterećuje poslodavca korisnika koji iznajmljuje radnike. Ipak, Savet stranih investitora ističe da iznajmljivanje radne snage u Srbiji, iako se donekle toleriše u praksi, zbog nepostojanja formalne regulative, može izazvati probleme i poslodavcima.<sup>5</sup> Naime, postoji rizik da iznajmljeni rad-

<sup>1</sup> Mario Reljanović, *Alternativno radno zakonodavstvo*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe, Centar za dostojanstven rad, Beograd, 2019, str. 54.

<sup>2</sup> Slede Irska (1971), Nemačka, Francuska (1972), Ujedinjeno Kraljevstvo (1973), Belgija (1976). Veliki broj zemalja učinio je to 2000-ih: Finska, Grčka, Mađarska, Slovačka (2001), Slovenija, Poljska, Rumunjska (2003); među zadnjima Bugarska i Litvanija (2011). Prema: Sandra Laleta, Anamarija Križanović, “Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje u hrvatskom, europskom i usporednom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta, Sveučilište Rijeka*, (1991) v. 36, br. 1, 2015, str. 311.

<sup>3</sup> Pre Drugog svetskog rada, 1931. godine u Beogradu je postojalo osam privatnih berzi rada. Prigovaralo im se da skupo naplaćuju svoje usluge, te da su sklone raznim zloupotrebama. (M. Milenković, T. Milenković, *Zapošljavanje u Srbiji – od začetka do oslobođenja zemlje 1944*, knjiga I, Republički zavod za tržište rada, Beograd, 2002, str. 240).

<sup>4</sup> Radoje Brković, “Privatne agencije za zapošljavanje (Međunarodni, komunitarni i nacionalni pravni okviri)”, *Teme*, g. XXXIX, br. 4, 2015, str. 1393.

<sup>5</sup> Savet stranih investitora, *Bela knjiga 2014* [http://www.fic.org.rs/sw4i/download/files/box/\\_id\\_7599/WB\\_2014SR.pdf](http://www.fic.org.rs/sw4i/download/files/box/_id_7599/WB_2014SR.pdf), 10.09.2019.

nici tvrde da su praktično zaposleni kod poslodavca korisnika gde vrše radne aktivnosti, iako nemaju nikakav ugovor - što je najčešće u slučajevima kada su otpušteni zbog prestanka poslovne saradnje između agencije i poslodavca korisnika.

#### FLEKSIBILNI OBLICI RADA I AGENCIJSKO ZAPOSŁJAVANJE

Fleksibilizacija radnih odnosa sve više postaje karakteristika savremenog doba, u kojem je profit sve sigurniji, a rad i radnici sve nesigurniji. U oblasti regulisanja prava iz radnog odnosa, kao posledica globalizacije i stalnih zahteva za privlačenje novih ulaganja investitora, dovodi se u pitanje tradicionalni sistemi socijalne zaštite, stabilnost radnog mesta, odnosno, do sada uspostavljen sistem radnih odnosa. Tako se u zahtevima za izmene radnog zakonodavstva u Republici Srbiji stalno navodi i potreba "fleksibilizacije" tržišta rada, koja se može posmatrati sa tri aspekta – ugovornog, funkcionalnog i brojčanog:

– Ugovorno značenje fleksibilnosti podrazumeva uvođenje različitih vrsta ugovora o radu, koji odstupaju od osnovnog modela ugovora o radu na neodređeno vreme (ugovor o radu na određeno vreme, ugovor sa nepunim radnim vremenom, dopunski rad, rad na daljinu, rad na privremenim i povremenim poslovima, agencijsko zapošljavanje, zapošljavanje preko omladinsko-studentskih zadruga...);

– Funkcionalna fleksibilnost se postiže drugačijim rasporedom već zaposlene radne snage za poslove kod istog poslodavca i stvaranjem tzv. "univerzalnih radnika" (povećanje poslova, promena opisa posla, rotacija poslova, obavljanje više poslova...);

– Brojčana fleksibilnost je u uskoj vezi sa zahtevima tržišta rada, usmerena ka prilagođavanju broja zaposlenih fluktuirajućim potrebama poslodavca.

Fleksibilizacija rada predstavlja jedan od osnovnih načina da se poveća efikasnost i prilagodljivost ekonomije u uslovima krize i globalnog poslovanja.<sup>6</sup> Sveđoci smo prave eksplozije netipičnih i fleksibilnih oblika zapošljavanja, koje stvaraju okolnosti u kojima drugotrajna nesigurnost, nestabilnost i nepredvidljivost ugrožavaju mentalno i materijalno blagostanje ljudi. Zato, unapređenje fleksibilnosti tržišta rada trebalo bi da prati i unapređenje sigurnosti zaposlenih, a postizanje ravnoteže ova dva cilja obezbeđuje "fleksigurnost",<sup>7</sup> čime se pomaže da se iskoriste mogućnosti koje pruža globalizacija.

---

<sup>6</sup> Senad Jašarević, "Fleksibilizacija rada-rešenje ili zabluda", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2012, 2012, str. 173.

<sup>7</sup> Fleksigurnost predstavlja vodeću službenu politiku EU-a od 2007. godine, kada je Komisija Evropske zajednice (sada Unije) usvojila Zelenu knjigu *Moderniziranje radnog prava u susret izazovima 21. veka*.

Prema podacima Eurostata, učešće zaposlenih koji imaju ugovore na ograničeno vreme u ukupnom broju zaposlenih u Srbiji značajno je veće od proseka EU i ima tendenciju rasta (2014. bilo ih je 18,8%, a 2017. 22,7%). Podaci o broju zaposlenih prema trajanju ugovora pokazuju da se povećava broj angažovanih na vrlo kratko vreme. Tako je broj zaposlenih sa ugovorima do tri meseca u 2017. povećan u odnosu na 2014. za 2,5 puta.<sup>8</sup> Sukcesivno zaključivanje ovakvih ugovora sa istim radnicima dovodi u pitanje poštovanje Okvirnog sporazuma o radu na određeno vreme donetog na nivou EU, koja je pretočena u Smernicu 1999/70 kojom se zabranjuje diskriminacija zaposlenih na određeno vreme, posebno zloupotrebe sukcesivnih ugovora.

Agencijsko zapošljavanje, kao oblik fleksibilnog radnog angažovanja, Zakon o radu Srbije ne poznaje, a njegovo postojanje otvara brojna pitanja koja nisu jasno regulisana: koliko dugo može da traje ugovor o privremenom upućivanju radnika kod poslodavca korisnika, gde zaposleni ostvaruje svoja prava, ko je odgovoran za bezbednost i zdravlje na radu za vreme obavljanja poslova ovakvog radnika... Zakonskim propisima je predviđeno postojanje samo posredovanja u zapošljavanju, što je delimično uređeno Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, ali ove agencije nisu dobile dozvolu za obavljanje delatnosti ustapanja zaposlenih. Dodatno u mišljenju resorno nadležnog ministarstva za rad i zapošljavanje (broj 011-00-536/2013-24 iz 2013. godine) iznet je stav da *“agencije ne mogu da vrše privremeno upućivanje na rad kod drugog poslodavca, obzirom da to nije dozvoljeno Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, te da u slučaju da agencija obavlja poslove u suprotnosti za Zakonom ministarstvo oduzima dozvolu za rad.”* Ipak čini se da ovo mišljenje nije imalo gotovo nikakvog uticaja na praksu u ovoj oblasti pa tako ove agencije, ali i druga privredna društva obavljaju delatnost ustapanja radnika bez ikakve sankcije. S obzirom da delatnost ustapanja radnika nije regulisana, pa samim tim nije izričito zabranjena, niti je za obavljanje ove delatnosti propisano izdavanje dozvole, agencije i privredna društva koja obavljaju ovu delatnost se oslanjaju na propise iz oblasti privrednog prava koje dozvoljavaju slobodno *“obavljanje delatnosti koje nisu zakonom zabranjene”*, o čemu će kasnije biti više reči.

Podaci Ankete o radnoj snazi pokazuju i da je učestalost svih specifičnih vrsta radnog vremena (rad uveče, noću, subotom i nedeljom, kao i rad u sme-nama) veća kod agencijskih radnika, nego u ukupnom skupu zaposlenih. Pored toga, agencijski radnici se suočavaju sa većim teškoćama pri ostvarivanju prava

<sup>8</sup> Bojan Urdarević, Sarita Bradaš, Ivan Skulović, Željka Jorgić Đokić, Mario Reljanović, Tanja Marković, Nataša Nikolić, *Analiza stanja ekonomskih i socijalnih prava u Republici Srbiji*, Centar za dostojanstven rad, Beograd, 2019. str. 41.

na osnovu rada (pravo na zdravstveno i penzijsko osiguranje, kao i pravo na plaćeni godišnji odmor i plaćeno bolovanje).<sup>9</sup> Prema statističkim podacima agencijski radnik predstavlja oblik “vrlo fleksibilnog i slabo plaćenog rada radnika angažovanog na rutinskim poslovima”, koji se najviše koristi u industriji i nekim delovima uslužnog sektora - predstavlja dodatni fleksibilni “ublaživač”, “tampon zonu” u razdoblju krize.<sup>10</sup>

Procenjuje se da agencijskih radnika u Srbiji ima između 60.000 i 100.000, angažovanih preko 118 registrovanih agencija za posredovanje u zapošljavanju,<sup>11</sup> a oscilacije su značajne u zavisnosti od godišnjeg doba, investicionog ciklusa, građevinskih aktivnosti...<sup>12</sup> Ipak, u odnosu na ove podatke, mnogo je važnije da ovaj rad bude dostojanstven. Pojava globalne ekonomska kriza, otpuštanja velikog broja radnika i izazov očuvanja socijalnog mira i obezbeđenja socijalne pravde bili su i razlog donošenja Pakta o globalnom zapošljavanju MOR-a, 2009. godine, kojim se, promocijom “pristojnog” (dostojanstvenog) rada, promoviraju stvaranje mogućnosti za potpuno i produktivno zapošljavanje i utiče na smanjenje visoke stope nezaposlenosti.<sup>13</sup>

#### PRAVNI OKVIR ZA REGULACIJU AGENCIJSKOG ZAPOSŁJAVANJA

Svesna značaja fleksibilnosti u funkcionisanju tržišta rada, prepoznajući ulogu koju privatne agencije za zapošljavanje mogu da imaju u funkcionisanju tržišta rada, uz nastojanje da se istovremeno radnicima pruži zaštita od svih vrsta zloupotrebe, Međunarodna organizacija rada (MOR) je usvojila Konvenciju o privatnim agencijama za zapošljavanje br. 181, 1997. godine. Ovom konvencijom

---

<sup>9</sup> Maja Jandrić, Danilo Krivokapić, *Profil radnika zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje*, Fondacija centar za demokratiju, Beograd, 2017, str. 57.

<sup>10</sup> Sandra Laleta, Nada Bodiřoga Vukobrat, “Fleksigurnost i deregulacija tržišta rada”, *Zbornik Pravnog fakulteta*, Sveučilište Rijeka, (1991) v. 37, br. 1, 2016, str. 55.

<sup>11</sup> <http://www.minrzs.gov.rs/lat/dokumenti/zaposljavanje/agencije-za-zaposljavanje>, 12.09.2019.

<sup>12</sup> Kada je prvi put najavljeno donošenje Zakona o agencijskom zapošljavanju, u aprilu 2016. godine, broj radno angažovanih na ovaj način, prema procenama resorno nadležnog ministarstva za poslove rada i zapošljavanja je bio 16.000. <http://www.nspm.rs/hronika/aleksandar-vulin-sa-majklom-devenportom-novi-zakoni-o-agenciji-za-privremenezaposljavanje-sezonskom-radu-socijalnom-preduzetnistvu-posle-izbora-u-dogovoru-sa-eu.html?alphabet=1>, 10.09.2019.

<sup>13</sup> Prema podacima Svetske konfederacije poslodavaca 40 miliona radnika širom sveta je 2013. godine radno angažovano posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje, [http://www.ilo.org/gb/GBSessions/pol/WCMS\\_354090/lang-en-index.htm](http://www.ilo.org/gb/GBSessions/pol/WCMS_354090/lang-en-index.htm), 09.09.2019.

postavljen je međunarodni okvir za uređenje odnosa iznajmljenog radnika i direktnog poslodavca, odnosno agencije, koji podrazumeva obezbeđenje prava radnika, regulisanje uslova pod kojima agencija može da obavlja svoju delatnost, kao i obaveze države potpisnice Konvencije u sprovođenju njenih odredbi.<sup>14</sup> Skupština Srbije potvrdila je ovu konvenciju 2013. godine, i do danas ona predstavlja jedini pravno obavezujući dokument kojim se okvirno reguliše položaj agencijskih radnika.<sup>15</sup> Konvencija pravi jasnu razliku između agencija za posredovanje (usluge obezbeđenja međusobno odgovarajućih ponuda radnih mesta, pri čemu ona ne postaje strana u radnom odnosu koji iz toga može da proistekne) i agencija za privremeno zapošljavanje (usluge koje se sastoje u zapošljavanju radnika, sa ciljem da se oni stave na raspolaganje trećoj strani koja može biti fizičko ili pravno lice (poslodavac korisnik) koji im dodeljuje radne zadatke i vrši nadzor nad izvršenjem tim zadataka). U Srbiji posredovanje pri zapošljavanju je predmet regulisanja Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, a u pogledu agencija za privremeno zapošljavanje ne postoji poseban zakon, niti je ova materija uređena nekim drugim zakonom.

Preporuka o privatnim agencijama za zapošljavanje br. 188 MOR-a, usvojena na istoj sednici kada i Konvencija 181, služi kao njena dopuna i propisuje određena opšta i posebna pravila koja služe njenom sprovođenju (savetodavnog i usmeravajućeg karaktera). Preporuka posebnu pažnju posvećuje zaštiti radnika od diskriminacije po svim osnovama, ukazujući da domaći zakoni i propisi moraju da sadrže mere kako bi se sprečila i eliminisala neetička praksa agencija, uključujući i kazne za one koje vrše delatnost suprotno ovim načelima. Radnici pre stupanja na rad moraju biti informisani o uslovima zapošljavanja i međusobnim pravima i obavezama agencije i radnika i obavezno moraju posedovati pismeni ugovor o zaposlenju kojim se preciziraju uslovi pod kojima se radno angažuju. Preporuka ukazuje na izuzetan značaj saradnje između javne službe i privatnih agencija za zapošljavanje u pogledu realizacije državne politike koja se vodi u vezi sa tržištem rada, te u tu svrhu preporučuje formiranje tela u koja bi pored pred-

<sup>14</sup> Konvencija nalaže preduzimanje neophodnih mera kako bi se obezbedila odgovarajuća zaštita za radnike koji su zaposleni u agencijama za zapošljavanje i detaljno definiše na šta se "odgovarajuća zaštita" odnosi: 1) slobodu udruživanja; 2) kolektivno pregovaranje; 3) minimalnu zaradu; 4) radno vreme i druge uslove rada; 5) zakonska davanja za socijalnu zaštitu; 6) pristup osposobljavanju; 7) bezbednost i zdravlje na radu; 8) nadoknade u slučaju povreda na radu i profesionalnih bolesti; 9) nadoknade u slučaju stečaja i zaštita potraživanja radnika; 10) materinsku zaštitu i davanja, roditeljsku zaštitu i davanja.

<sup>15</sup> Zakon o potvrđivanju Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje (*Službeni glasnik RS*, br. 2/13 – Međunarodni ugovori)

stavnika javne vlasti trebalo uključiti i privatne agencije, kao i predstavnike poslodavačkih i radničkih organizacija.<sup>16</sup>

Osim Konvencije 181. i Preporuke 188. MOR-a, oslonac za težnje ka punom ostvarivanju prava radnika angažovanih preko agencija za zapošljavanje predstavlja Direktiva EU o privremenom agencijskom radu (2008/104/ EZ). Direktivom su države članice EU obavezane da primene propisane standarde u okviru nacionalnog zakonodavnog okvira. Najvažnija odredba ove direktive (član 5.) nalaže da agencijski radnici tokom svog angažmana imaju najmanje iste uslove rada kao da su direktno zaposleni, te da su države u obavezi da preduzimaju mere u cilju sprečavanja uzastopnih ustupanja, sa namerom izbegavanja odredaba Direktive. Isti uslovi rada tiču se, osim zarade i trajanja radnog vremena, prekovremenog rada, pauza u radu, odmora, noćnog rada, godišnjeg odmora i praznika.

Uz ovu odredbu Direktive 2008/104/ EZ, izdvaja se i njen član 4., koji definiše da su ograničenja i zabrane u zapošljavanju preko agencija opravdane ako se zasnivaju na opštem interesu posebno sa stanovišta: 1) zaštite zaposlenih kod agencije, 2) zahteva za sigurnost i zdravlje na radu ili 3) potrebe da se osigura ispravno funkcionisanje tržišta rada i sprečavanje zloupotreba. Imajući u vidu ovu odredbu, niz je ograničenja koje su pojedine države primenile. Tako je, zbog zaštite radnika kod agencije, Poljska primenila ograničenje perioda u toku kojeg on može preko agencije da radi kod jednog poslodavca korisnika (razlog ima veze sa privremenim karakterom poslova koje oni obavljaju, a doprinosi njihovoj zaštiti); Belgija, Bugarska, Češka i Italija su primenile ograničenja ili potpunu zabranu korišćenja radnika preko agencija za obavljanje poslova koji obuhvataju posebne rizike sa stanovišta njihovog zdravlja i bezbednosti; Slovenija je propisala da se granskim kolektivnim ugovorom može zabraniti korišćenje agencijskih radnika i ovu zabranu je moguće koristiti ograničeno, samo u onim slučajevima kada je cilj zabrane garancija bolje zaštite radnika ili njihova bolja bezbednost i zdravlje.

Zbog potrebe da se obezbedi pravilno funkcionisanje tržišta rada Francuska, Poljska i Italija su definisale ograničen spisak povoda za korišćenje agencijskih radnika; Belgija i Italija su ograničile i broj ili učešće agencijskih radnika koje je moguće koristiti kod poslodavca korisnika; Švedska je primenila obavezu poslodavca da razgovara sa organizacijom koja zastupa interese zaposlenih pre korišćenja agencijskih radnika. Zbog potrebe da se spreče zloupotrebe Poljska i Italija su uvele ograničenja prirode i karaktera radnih zadataka, koje je moguće dati

---

<sup>16</sup> Neke od mera koje su usmerene na unapređenje saradnje između javne službe i privatnih agencija za zapošljavanje mogu da obuhvate grupisanje informacija kako bi se unapredila transparentnost funkcionisanja tržišta rada, razmena konkursa i oglasa, pokretanje zajedničkih projekata npr. u oblasti obuka, te zaključivanje sporazuma radi izvršavanja određenih aktivnosti kao što su npr. projekti integracije dugoročno nezaposlenih lica.

agencijskim radnicima; Italija je dodatno primenila mogućnost i da se u okviru kolektivnih ugovora na nacionalnom nivou uvedu kvantitativna ograničenja korišćenja agentijskih radnika; Belgija je primenila meru prema kojoj je poslodavac korisnik u određenim slučajevima u obavezi da dobije saglasnost sindikata za korišćenje agentijskih radnika.

Zbog kombinacije navedena tri razloga iz člana 4. Direktive veliki broj zemalja je uveo zabranu korišćenja agentijskih radnika kako bi se zamenili zaposleni koji su u štrajku (Belgija, Bugarska, Francuska, Grčka, Hrvatska, Mađarska, Poljska, Austrija, Slovenija, Španija, Italija); Belgija, Francuska, Grčka, Poljska su primenile ograničenja zbog potrebe da se zaštiti stalno zaposlenje (na neodređeno vreme) i nastojanja da se spreči situacija da stalni radni odnos i ta radna mesta zauzmu agentijski radnici na određeno vreme;<sup>17</sup> Austrija je uvela zaštitu ljudskog života i zdravlja kao obrazloženje, odnosno razlog za primenu kvota kojima se ograničava odnos agentijskih radnika kod poslodavca korisnika u određenim zanimanjima iz oblasti zdravstva na 10% ili 15%; U Belgiji je korišćenje agentijskih radnika dozvoljeno pod određenim uslovima, u cilju integracije, tj. direktnog angažmana radnika od strane poslodavca korisnika.

U skladu sa Zakonom o radu u Srbiji poslodavac može zaposlenog sa privremeno uputi na rad kod drugog poslodavca, u kom slučaju zaposleni kod drugog poslodavca zaključuje ugovor o radu na određeno vreme i kod njega ostvaruje sva prava iz radnog odnosa, dok mu kod poslodavca koji ga je uputio miruju prava i obaveze iz radnog odnosa za vreme trajanja upućivanja. Zakon o radu ne uređuje zapošljavanje u svrhu ustupanja zaposlenih drugim subjektima (poslodavcima korisnicima). Jedini kvazi oblik radnog angažovanja u svrhu ustupanja drugim poslodavcima je radno angažovanje na privremenim i povremnim poslovima preko omladinskih i studentskih zadruga.

U ovim slučajevima poslodavac zaključuje ugovor sa članom omladinske i studentske zadruge koga ona uputi na rad, a naknadu ostvaruje preko zadruge. Zakonom o radu, rad na privremenim i povremnim poslovima ograničen je na 120 radnih dana u kalendarskoj godini, a lica koja se angažuju preko omladinske zadruge angažuju se su u skladu sa Zakonom o zadrugama (30 godina), odnosno

---

<sup>17</sup> Ovo ograničenje, odnosno razlog je navođen prvenstveno u vezi sa ograničavanjem trajanja ustupanja uz postojanje spiska razloga kada je moguće koristiti agentijske radnike (npr. zamenjena zaposlenog koji nije prisutan, privremeno povećanje obima posla, obavljanje vanrednih ili sezonskih poslova...).



Pravilima (kodeksom) omladinskog i studentskog zadrugarstva (35 godina).<sup>18</sup> Na snazi su i Opšta pravila omladinskog i studentskog zadrugarstva.<sup>19</sup>

Zakonom o privrednim društvima propisano je da društvo ima pretežnu delatnost, koja se registruje u skladu sa zakonom o registraciji, a može obavljati i sve druge delatnosti koje nisu zakonom zabranjene, nezavisno od toga da li su određene osnivačkim aktom, odnosno statutom, kao i da se posebnim zakonom može usloviti registracija ili obavljanje određene delatnosti izdavanjem prethodnog odobrenja, saglasnosti ili drugog akta nadležnog organa. Zakon o radu nije propisao prethodno izdavanje odobrenja, odnosno saglasnosti za rad agencija za privremeno zapošljavanje kao prethodni uslov za njihovu registraciju ili registraciju drugih oblika pravnih subjekata koji se bave delatnošću ustupanja ljudskih resursa, a u svrhu njihovog evidentiranja, kontrole i zaštite zaposlenih.

Uredbom o klasifikaciji delatnosti propisana je delatnost pod šifrom 78.20 – Delatnost agencija za privremeno zapošljavanje koje obuhvata obezbeđivanje radnika klijentima za određeni period, kao dopunu ili privremenu zamenu radne snage klijenta, gde su zaposleni pojedinci stalno zaposleni u jedinicama za privremeno pružanje usluga (one ne vrše direktan nadzor nad svojim zaposlenima koji rade na radnim mestima na koje ih raspoređuje klijent-poslodavac). Takođe, pod šifrom 78.30 – Ostalo ustupanje ljudskih resursa obuhvaćeno je obezbeđivanje ljudskih resursa za potrebe klijenata. Jedinice koje se svrstavaju u ovu grupu predstavljaju poslodavce zaposlenih i u vezi su sa isplatom zarada, oporezivanjem, ostalim fiskalnim pitanjima i pitanjima u vezi sa ljudskim resursima, ali nisu odgovorne za upravljanje i nadzor nad zaposlenima. Obezbeđivanje ljudskih resursa obično se obavlja na dugoročnoj osnovi, a ovde svrstane jedinice obavljaju veliki broj zadataka koji se odnose na upravljanje ljudskim resursima.

Navedena uredba je jedini osnov za privremeno zapošljavanje i ustupanje ljudskih resursa bez postojanja adekvatne zakonske regulative koja bi obezbedila zaštitu ustupljenih lica. Istovremeno, postoji kolizija između opisa delatnosti iz ove uredbe i propisa iz oblasti obaveznog socijalnog osiguranja u pogledu ovlašćenja za podnošenje prijave na obavezno socijalno osiguranje i uplate doprinosa po tom osnovu.<sup>20</sup> Sve ovo potvrđuje stav o neophodnosti hitnog jasnog regulisa-

---

<sup>18</sup> Studentsko-omladinske zadruge na organizovan način obezbeđuju zadrugarima obavljanje privremnih i povremnih poslova kod privrednih subjekata u skladu sa propisima kojima se uređuje oblast rada, a u cilju sticanja dopunskih sredstava za školovanje i zadovoljenje osnovnih socijalnih, kulturnih i drugih ličnih i zajedničkih potreba.

<sup>19</sup> *Službeni list SRJ*, br. 20/98, 7/00-US, *Službeni list SCG*, br. 1/03-Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 47/10.

<sup>20</sup> Propisi u oblasti obaveznog socijalnog osiguranja ne prepoznaju agenciju za privremeno zapošljavanje kao poslodavca koji podnosi prijavu/odjavu sa osiguranja i uplaćuje doprinose za rad-

nja ove oblasti posebnim zakonom, kojim bi se obezbedilo bi se da agencijski radnici imaju povoljniji status i veća prava, odnosno povoljnije uslove rada.

DESET PREPORUKA ZA DONOŠENJE ZAKONA  
O AGENCIJSKOM ZAPOŠLJAVANJU<sup>21</sup>

1) Trojni odnos između agencije, agencijskog radnika i poslodavca korisnika treba da se definiše jasnim ugovornim odredbama, imajući u vidu prvenstveno radni odnos uz ugovor o radu u skladu sa Zakonom o radu između agencije i radnika (na određeno ili neodređeno vreme) i, s druge strane, između agencije i poslodavca korisnika agencijskih radnika. Status, prava i zaštita agencijskog radnika treba da budu u skladu sa Zakonom o radu, uz naglašavanje privremene priroda posla.

2) Agencijsko zapošljavanje treba jasno razlikovati od generalnog pružanja usluga i podugovaranja, tako da se zakonom reguliše slučaj kada se radnici agencije stavljaju na raspolaganje (prema instrukcijama i uz kontrolu) poslodavcu korisniku. Delatnost upućivanja agencijskih radnika treba da isključi situacije kada se pruža kompletna usluga, bilo sa ili bez sopstvenih materijalnih sredstava za obavljanje rada.

3) U cilju obezbeđenja transparentnosti i sprečavanja potencijalnih zloupotreba, trebalo bi uspostaviti specijalizovani registar agencija za privremeno zapošljavanje i uvesti sistem licenciranja. Zahtev za registraciju agencije treba da obuhvati konkretne pravne, personalne, organizacione, prostorne i druge uslove u skladu sa prirodom delatnosti. Naročito je važno podnošenje finansijske garancije agencije ili osiguranja, za eventualna potraživanja u pogledu neisplaćenih zarada agencijskih radnika i doprinosa za socijalno osiguranje.

4) U cilju obezbeđivanja efikasnog nadzora, početna licenca agenciji koja se bavi delatnošću ustupanja radnika treba da bude privremena, nakog čega sledi mogućnost dobijanja stalne licence, pod uslovom da se verifikuje tačno sprovođenje prethodnih aktivnosti. Ovo podrazumeva da se uspostavi standardizovano periodično izveštavanje resorno nadležnog ministarstva za rad i zapošljavanje o ispunjenosti uslova za rad agencije – ona mora da podleže oduzimanju (privremenom ili stalnom) licence u slučaju kršenja obaveza.

---

no angažovana lica koja zapošljava u svrhu upućivanja na rad kod poslodavca korisnika (saglasno šiframa delatnosti 78.20 i 78.30).

<sup>21</sup> Prilagođeno prema: Nina Bakovnik, Goran Lukič, Andraš Juhas, Mario Reljanović, *Agencije za privremeno zapošljavanje – Kako se to radi u Evropskoj uniji a kako smo to do sada radili u Srbiji*, Centar za razvoj sindikalizma, Beograd, 2017.

5) Da bi se korišćenje agencijskog zapošljavanja ograničilo u okviru njenih nameranih kompetencija i namene (privremeno zapošljavanje), treba utvrditi spisak okolnosti pod kojima se zabranjuje korišćenje ovakvog zapošljavanja na osnovu opšteg interesa što se naročito odnosi na zaštitu agencijskih radnika, zahteva za zdravlje i bezbednost na radu ili potrebu da se osigura da tržište rada funkcioniše kako treba i da su sprečene zloupotrebe.

6) U cilju naglašavanja privremene ili vanredne prirode rada na koji se upućuje agencijski radnik, kao i sprečavanja da ovo ne postane standardni radni angažman u odnosu na stalna radna mesta, treba utvrditi svrsishodna kvantitativna ograničenja u pogledu trajanja angažmana i broja agencijskih radnika, koji su istovremeno na zadatku kod korisničkog preduzeća. Ograničenje trajanja zadatka treba da se odnosi i na pojedinačne agencijske radnike i na pojedinačna radna mesta kod poslodavca korisnika.

7) Jednak tretman u pogledu osnovnih uslova rada agencijskih radnika i onih koji su direktno zaposleni kod poslodavca korisnika, treba da obuhvata zaradu i nadoknade uz zaradu (uključujući dodatke, bonuse, putne troškove i troškove za hranu i sve druge plaćene nagrade koje su dostupne zaposlenima poslodavca korisnika), kao i trajanje radnog vremena, prekovremenog rada, pauza, perioda za odmor, noćnog rada, odmora i državnih praznike, zaštitu trudnica i porodilja, zaštitu dece i mladih, mere za zdravlje i bezbednost na radu i antidiskriminatorne mere. Zajedničke prostorije kod poslodavca korisnika, kao što su menza, prostorije za brigu o deci i usluge prevoza, podjednako trebaju da budu dostupne i agencijskim i radnicima.

8) Jedan od ciljeva zakona jeste sprečavanje da agencijski radnici postanu stalno zavisni od privremenog radnog angažovanja i da se na taj način podstiče pristup stalnom zapošljavanju i profesionalnom napredovanju, da se agencijskim radnicima omogući pristup direktnom zapošljavanju kod poslodavca korisnika i odgovarajuća stručna obuka. Zbog toga, ovim radnicima treba garantovati prioritet za slobodna radna mesta kod poslodavca korisnika i jednak pristup obukama koje su dostupne neposredno zaposlenima.

9) U cilju podsticanja poželjnosti i razvoja agencijskog zapošljavanja i poboljšanja kvaliteta njihovog rada, treba osigurati odgovarajuće zastupanje interesa agencijskih radnika u smislu potreba za informisanjem i konsultacijama. Bilo bi poželjno omogućiti odgovarajuće zastupanje agencijskih radnika kod poslodavca korisnika gde oni predstavljaju u stvari deo dnevnih radnih procesa i angažovani su zajedno sa direktno zaposlenima.

10) Od suštinske važnosti je definisanje adekvatnog i svrsishodnog prava traženja odštete koje je dostupno agencijskim radnicima radi ostvarivanja njihovih prava i zaštite, uz efektivne, odgovarajuće i obeshrabrujuće sankcije za krše-

nja. Treba nametnuti solidarnu odgovornost agencija za privremeno zapošljavanje i poslodavaca korisnika u vezi sa bilo kakvim finansijskim zahtevima agencijskog radnika, a mogućnost konvertovanja ugovora o radu sa agencijom u ugovor o radu sa poslodavcem korisnikom treba da bude na raspolaganju u slučaju kršenja zakona, opet, u cilju promovisanja stalnog i stabilnog naspram neizvesnog zaposlenja, kao i pravilnog funkcionisanja tržišta rada.

### ZAKLJUČAK

Fleksibilizacija rada danas predstavlja ekonomsku i socijalnu nužnost. Putevi i metodi njenog sprovođenja su različiti, a posledice mogu da budu kako pozitivne, tako i negativne – po zaposlene, poslodavce, pa i celu ekonomiju. Dok su se u svetu razvijala istraživanja o posledicama deregulacije i fleksibilizacije tržišta rada, u Srbiji je započeo proces tranzicije koji traje i danas. Stotine hiljada zaposlenih je u privatizaciji ostalo bez posla i bez velike mogućnosti da pronađu novi, još manje siguran posao.<sup>22</sup> Kada su unutrašnji propisi Srbije u pitanju, agencijsko zapošljavanje nije ni dozvoljeno ni zabranjeno, a problemi ovakvih radnika do šire javnosti stižu tek sa vestima o nekoj aferi ili sporu. Na desetine hiljada onih koji zarađuju za život na ovaj način, nalaze se u svojevrsnoj pravnoj praznini, prepušteni isključivo dobroj volji agencije u kojoj su formalno zaposleni. Posledica nepostojanja jasne zakonske regulative je situacija u kojoj ne samo agencije, nego i sva ostala privredna društva praktično mogu da se bave “lizingom radne snage”.

Donošenje zakona o agencijskom radu bi nakon višegodišnjeg pravnog vakuuma, konačno uredilo pitanje ovakvog rada, odnosno ustupanja radnika. Na taj način bi se uredilo funkcionisanje tržišta u ovoj delatnosti i stvorio pravni okvir za zaštitu osnovnih prava ustupljenih radnika, za šta postojeći propisi nisu dovoljni. Usvajanje ovakvog zakona bi imalo za cilj i podsticanje zapošljavanja i razvoj fleksibilnih oblika radnog angažovanja uz stvaranje preduslova da u tim slučajevima neće dolaziti do smanjivanja prava radnika i iskorišćavanja njihovog položaja, što je do sada često bio slučaj. Osnovna pitanja koje bi zakon trebalo da uredi su odnosi između ustupljenih radnika, agencija i poslodavaca korisnika, kao i sva druga prava, obaveze i odgovornosti koje proističu iz ustupanja radnika. Zakon bi trebalo da uredi i izdavanje prethodnog odobrenja i registrovanje agencija za posredovanje u zapošljavanju, što bi bio preduslov za obavljanje delatnosti ustupanja radnika, čime bi samo one agencije koje su ispunile zakonske uslove i dobile odobrenje mogle da obavljaju ovu delatnost, a nikako i sva ostala privredna društva.

<sup>22</sup> Sarita Bradaš, Ivan Sekulović, *Radna prava su naša prava*, Fondacija Centar za demokratiju, Beograd, 2018, str. 125.

tva, što je trenutno slučaj. Alternativa donošenju novog Zakona mogla bi da bude implementiranje odredbi o ustupanju zaposlenih u trenutno važeći Zakon o radu. Iako bi ovakav pristup imao svojih prednosti, jer bi predstavljao sistematičnije rešenje, čime bi se izbegla eventualna terminološka pitanja kao i problemi sa usklađenošću propisa, takva šansa je propuštena 2014. godine, kada su usvojene značajne izmene i dopune ovog Zakona.

VLADIMIR DIMITRIJEVIĆ, Ph.D.,

Executive Director for Legal Affairs  
and Strategy of JP "Post of Serbia"

ZORAN RISTIĆ, Ph.D.,

Vice President, The Centre for Applied Research  
and Strategic Planning in South Eastern Europe, Belgrade

ALEKSANDAR DAMNJANOVIĆ, Ph.D.,

President, The Centre for Applied Research  
and Strategic Planning in South Eastern Europe, Belgrade

AGENCY EMPLOYMENT REGULATION  
– THE RULE AND NON-GOVERNMENT OF LAW IN PRACTICE

Summary

Agency employment is a reality in the global labor market, and temporary work is its most significant expression. By agreeing to the uncertainty of work engagement and the volatility of the work environment, "leasing workers" exercise their rights in the agency that employs them, in accordance with general labor law, regardless of the fact that they actually work with another employer. The current Labor Law of the Republic of Serbia does not recognize agency employment, that is, hiring workers through agencies as a form of employment, so it could be concluded that this type of employment should not even exist. However, while invisible to the umbrella regulation of workers' rights, there are more and more such workers, and the number of agencies offering such workers is increasing.

This paper is an attempt by the authors to point to the legal framework for regulating agency recruitment and its increasing importance, with the aim of contributing to the clear, in the new, long-announced law, of regulating this area.

*Key words:* temporary employment, flexibility, labor rights...



MILICA V. MATIJEVIĆ

## AFIRMATIVNE MERE ZA ZAPOŠLJAVANJE PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA U DRŽAVNOJ UPRAVI REPUBLIKE SRBIJE

– Osvrt na postojeća rešenja –

*U nastojanju da reši problem neadekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina među zaposlenima u državnoj upravi, konstatovanog u nalazima Savetodavnog komiteta Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Republika Srbija je tokom prethodne tri godine usvojila niz novih odredbi kojima se u postojeće radno-pravno zakonodavstvo uvodi institut afirmativnih mera. Afirmativne mere se ustanovljavaju u korist kandidata iz redova nacionalnih manjina u postupku popunjavanja radnih mesta u organima državne uprave. Autorka analizira sadržaj ovih odredaba u svetlu relevantnih međunarodnih standarda, kao i tumačenja standarda adekvatne zastupljenosti koje u svojim komentarima daje Savetodavni komitet. Naročito se razmatra način na koji je određen krug korisnika afirmativnih mera spram potrebe da se obezbedi efektivna jednakost pripadnika nacionalnih manjina, kao krajnje svrhe standarda adekvatne zastupljenosti.*

Ključne reči: *afirmativne mere, Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, standard adekvatne zastupljenosti, zapošljavanje, državna uprava*

### U V O D

Jedna od centralnih odredbi Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope sadržana je u njenom članu 15, kojim se države potpisnice

---

Dr Milica V. Matijević, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

obavezuju da stvore uslove za delotvorno učešće pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, društvenom i ekonomskom životu zemlje i javnim poslovima, posebno onim koji se na njih odnose.<sup>1</sup> Njom uspostavljeno pravo učešća u javnim poslovima je, s jedne strane, osnovni instrument putem koga se obezbeđuje da će posebne potrebe nacionalnih manjina, kao što je očuvanje jezika i drugih osobnosti njihovog identiteta, biti uzete u obzir prilikom donošenja odluka od značaja za njihov položaj u društvu.<sup>2</sup> S druge strane, stepen ostvarenosti ovog prava ujedno je i mera ostvarenosti brojnih drugih prava garantovanih Okvirnom konvencijom, od čije realizacije zavisi nivo ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina.

Pravo da učestvuju u javnom životu propisano članom 15 Okvirne konvencije, zapravo je zbir nekoliko participativnih prava, među kojima je i pravo na učešće u radu javne uprave. Shodno tumačenju člana 15, koje u svojim komentarima daje Savetodavni komitet,<sup>3</sup> stepen ostvarenosti prava na učešće u radu javne uprave procenjuje se ne samo kroz to u kojoj su meri stvoreni uslovi za učešće predstavnika nacionalnih manjina u telima koja odlučuju o pitanjima od posebnog značaja za njihove zajednice, već i spram stepena zastupljenosti pripadnika manjinskih zajednica među zaposlenima u organima javne uprave.

U komentarima Savetodavnog komiteta, ovaj poslednji aspekt prava na učešće u javnim poslovima našao je svoj izraz u standardu adekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina i/ili osoba koje govore jezike nacionalnih manjina među zaposlenima u javnoj upravi.<sup>4</sup> Spram ovog standarda Savetodavni komitet razmatra mere koje je država potpisnica preduzela u razmatranom periodu, te i na osnovu toga procenjuje stepen ispunjenosti čl. 15 Okvirne konvencije.

<sup>1</sup> Savezna skupština SR Jugoslavije ratifikovala je Okvirnu konvenciju 1998. godine (Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98). Na poziv Komiteta ministara Saveta Evrope, SR Jugoslavija je pristupila Okvirnoj konvenciji 11. maja 2001. godine i ona je za njustupila na snagu 1. septembra 2001. godine. Dalje: "Okvirna konvencija".

<sup>2</sup> Savetodavni Komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Tematski komentar br. 2: Efektivno učešće pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, društvenom i ekonomskom životu i javnim poslovima, usvojen 27. februara 2008. (ACFC/31DOC(2008)001). Dalje: "Komentar br. 2". Videti i: Lidija Basta Flajner, "Participation Rights Under the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM): Towards a Legal Framework Against Social and Economic Discrimination", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65, 2013, str. 23.

<sup>3</sup> Savetodavni Komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina. Dalje, "Savetodavni komitet".

<sup>4</sup> U daljem tekstu će se za standard pretežno koristiti skraćeni nazivi, kao što su "standard adekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina" ili samo "standard adekvatne zastupljenosti".



Tako u posljednjem, trećem po redu Mišljenju za Republiku Srbiju, koje je ovo ekspertsko telo zaduženo za praćenje primene Okvirne konvencije donele 2013. godine, Savetodavni komitet ukazuje na problem nedovoljne zastupljenosti pripadnika manjinskih zajednica u državnoj upravi.<sup>5</sup> Savetodavni komitet problem malog broja pripadnika nacionalnih manjina i/ili osoba koje govore manjinske jezike među zaposlenima u organima državne uprave svrstava među teme koje zahtevaju neodložnu akciju Republike Srbije, te je s tim u vezi poziva da preduzme odlučne mere kako bi obezbedila uslove za njihovu adekvatnu zastupljenost.<sup>6</sup>

S obzirom na ulogu Savetodavnog komiteta i njegovih nalaza u procesu praćenja napretka država kandidata u ispunjavanju kriterijuma za članstvo u Evropskoj uniji, skoro istovetna konstatacija našla je svoje mesto i u tekstu Zajedničke pozicije Evropske unije o pregovorima o pravosuđu i osnovnim pravima.<sup>7</sup> U ovom dokumentu Evropska unija poziva Republiku Srbiju “da preduzme mere za obezbeđivanje adekvatne zastupljenosti u državnoj upravi nacionalnih manjina uspostavljanjem odgovarajućih kriterijuma za zapošljavanje”, odnosno, da dosledno sprovodi svoj Akcioni plan za pregovaračko poglavlje 23 kako bi delotvorno sprovela preporuke iz Trećeg mišljenja Savetodavnog komiteta koje se tiču standarda adekvatne zastupljenosti.<sup>8</sup>

Naime, Vlada Republike Srbije je 2016. godine usvojila Akcioni plan za sprovođenje prava nacionalnih manjina, srednjoročni strateški dokument koji predstavlja sastavni deo Akcionog plana za poglavlje 23,<sup>9</sup> a među čijim se ciljevima nalazi i onaj koji se tiče postizanja odgovarajuća zastupljenost pripadnika nacionalnih manjina u javnoj upravi.<sup>10</sup> Izmena zakonodavnog okvira radi stvaranja pravnog osnova za propisivanje afirmativnih mera jedna je od osnovnih aktivnosti usmerenih na ostvarenje tog cilja. Shodno Akcionom planu, pod ovom aktivnošću predviđa se “uvođenje odredaba u posebnim zakonima kojima se uređuje radno-pravni status zaposlenih u javnom sektoru, koje će omogućiti davanje

---

<sup>5</sup> Time ponovivši nalaze iz prethodna dva ciklusa praćenja primene Okvirne konvencije, Savetodavni komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Treće mišljenje za Srbiju, usvojeno 28. novembra 2013. (ACFC/OP/III(2013)006), str. 2, 51, 52, 63.

<sup>6</sup> *Ibidem.*

<sup>7</sup> Savet Evropske Unije, Zajednička pozicije Evropske unije o pregovorima o pravosuđu i osnovnim pravima, usvojena 5. jul 2016. (10074/16), str. 16, 17.

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> Vlada Republike Srbije, Akcioni plana za ostvarivanje prava nacionalnih manjina, usvojen 3. marta 2016.

<sup>10</sup> *Ibidem*, Poglavlje VIII.

prednosti nacionalnim manjinama pri zapošljavanju/otpuštanju pri istim uslovima, a do postizanja odgovarajuće strukture zaposlenih u javnom sektoru na svim nivoima teritorijalne organizacije.”<sup>11</sup> Vođena ovim ciljem, počev od 2016. godine Republika Srbija menja niz opštih i posebnih zakona kako bi omogućila primenu mera afirmativne akcije u postupku zapošljavanja u organima državne uprave u korist pripadnika nacionalnih manjina, i time odgovorila na preporuke Savetodavnog komiteta za ostvarivanje standarda adekvatne zastupljenosti.

Na ovaj način nastale odredbe predmet su ovog rada. Autorka analizira njihov sadržaj i njihov odnos sa ostalim relevantnim odredbama radno-pravnog zakonodavstva kojima je uređen postupak zapošljavanja u državnoj upravi. Analiza je preduzeta sa ciljem da se utvrdi da li su i u kojoj meri razmatrane odredbe u skladu sa postojećim međunarodnim standardima koji omeđuju primenu mera afirmativne akcije, kao i tumačenjima standarda adekvatne zastupljenosti nacionalnih manjina koje u svojim komentarima daje Savetodavni komitet. U radu se na jedan načelan način traga za odgovorom na pitanje da li su novouvedene odredbe adekvatan odgovor na preporuke Savetodavnog komiteta koje se tiču standarda adekvatne zastupljenosti. On je kao takav tek uvod za neke buduće, detaljnije analize koje bi se bavile konkretnim potencijalima ovih odredaba da obezbede veću zastupljenost nacionalnih manjina i/ili osoba koje govore manjinske jezike u javnoj upravi.

Iako su afirmativne mere uvedene u postupak zapošljavanja u svim segmentima javne uprave, rad za predmet ima samo propise koji uređuju postupak zapošljavanja u organima *državne uprave* obzirom na to da se problem neadekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina na koji Savetodavni komitet ukazuje odnosi pre svega na nju. Druga bitna napomena u pogledu opsega rada tiče se kategorije zaposlenih kojima se analiza bavi. Na osnovu propisa na snazi, pojam zaposlenih u organima i organizacijama državne uprave Republike Srbije pored državnih službenika obuhvata i državne funkcionere i nameštenike.<sup>12</sup> Iako u svojim komentarima Savetodavni komitet ne pravi razliku između ove tri kategorije, rad je ograničen na odredbe koje se tiču državnih službenika. Državni funkcioneri ne ulaze u njegovo polje razmatranja jer oni vrše javnu funkciju koja se po svojoj prirodi “ne ugovara niti se stiče” već im se poverava izborom ili postavljenjem,<sup>13</sup> te se u vezi sa ovom kategorijom zaposlenih ni ne može govoriti

<sup>11</sup> *Ibidem*, Aktivnost 8.1.

<sup>12</sup> Čl. 2 Zakona o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, br. 81/2005. – ispr., br. 83/2005. – ispr., br. 64/2007, br. 67/2007. – ispr., br. 116/2008, br. 104/2009., br. 99/2014., br. 94/2017. i br. 95/2018.).

<sup>13</sup> Zoran Ivošević, “Pravni položaj javnih funkcionera”, *Pravni zapisi*, br. 1, 2012, str. 91.

ti o afirmativnim merama za zapošljavanje. S druge strane, nameštenici su lica angažovana za obavljanje pratećih, pomoćno-tehničkih poslova, te je njihova uloga u obezbeđivanju delotvornog učešća nacionalnih manjina u vođenju javnih poslova od sporednog značaja.

Rad je strukturiran na sledeći način: u prvom delu autorka identifikuje odredbe kojima se uvode mere afirmativne akcije i pruža pregled drugih radno-pravnih odredaba koje su od neposredne važnosti za razumevanje domašaja afirmativnih mera. Sama analiza ovih odredaba izložena je u drugom delu rada. U zaključku autorka sumira rezultate preduzete analize i smešta ih u širi društveni kontekst.

PREGLED POZITIVNO-PRAVNOG OKVIRA ZA PRIMENU  
AFIRMATIVNIH MERA U POSTUPKU ZAPOŠLJAVANJA  
U ORGANIMA DRŽAVNE UPRAVE

Ustav Republike Srbije propisuje da ratifikovani međunarodni ugovori, među koje spada i Okvirna konvencija, čine sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije.<sup>14</sup> U njemu se garantuje i neposredna primenjivost manjinskih prava zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnim ugovorima, te da će tumačenje u njima sadržanih odredbi biti u skladu sa praksom međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje (čl. 18). No, kao i većina drugih članova Okvirne konvencije odredbe čl. 15 su programskog karaktera i one pred države članice postavljaju cilj koji treba ostvariti ali ne propisuju način njegovog ostvarivanja.<sup>15</sup> Iz toga proizilazi da tekst čl. 15 i njegovo tumačenje dato u opštim i posebnim komentarima Savetodavnog komiteta ne mogu biti neposredni vodič domaćim institucijama u njihovom nastojanju da obezbede uslove potrebne za delotvorno učešće pripadnika nacionalnih manjina u poslovima javne uprave, odnosno, ne mogu biti neposredni pravni osnov za uvođenje mera afirmativne akcije. Standard adekvatne zastupljenosti jedan je od putokaza za ostvarenje svrhe čl. 15, ali je i on previše apstraktan da bi na njemu mogle biti zasnovane konkretne mere za efikasnije učešće nacionalnih manjina u vršenju javnih poslova.

*Pravni osnov za uvođenje afirmativnih mera*

---

<sup>14</sup> Čl. 16 i čl. 194 Ustava Republike Srbije od 8. novembra 2006. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006).

<sup>15</sup> Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, st. 11, str. 12.

Pravni osnov za uvođenje mera afirmativne akcije za pripadnike nacionalnih manjina koje se tiču zapošljavanja u javnom sektoru nalazi se u čl. 77 Ustava Republike Srbije, koji uspostavlja obavezu državnih organa i drugih segmenata javne uprave da pri zapošljavanju novih lica vode računa o nacionalnom sastavu stanovništva i odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina. Svrha ove odredbe je da se obezbedi ravnopravnost između pripadnika nacionalnih manjina i pripadnika većine u vođenju javnih poslova (st. 1). Ona je razrađena u čl. 4 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, u koji se izmenama i dopunama iz 2018. godine unosi sledeća odredba:

“Neće se smatrati diskriminacijom mere za unapređenje pune i efektivne ravnopravnosti u zapošljavanju [...] u javnom sektoru na svim nivoima teritorijalne organizacije, koje su propisane odredbama posebnih zakona kojima se uređuje radnopravni status zaposlenih u javnom sektoru, ako takve mere važe do postizanja odgovarajuće zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina koja je utvrđena tim zakonima.”<sup>16</sup>

Kao što se vidi, ovom se odredbom izričito dopušta uvođenje mera afirmativne akcije u postupku popunjavanja radnih mesta u državnoj upravi, propisuje njihova svrha i njihovo trajanje vezuje za cilj povodom koga su ustanovljene.

#### *Posebni pozitivno-pravni propisi kojima se uvode afirmativne mere*

Kada su u pitanju posebni propisi kojima je regulisano popunjavanje radnih mesta u državnoj upravi, opšta odredba o efektivnoj ravnopravnosti i mera afirmativne akcije sadržana je u Zakonu o državnoj upravi.<sup>17</sup> Još 2007. godine zakonodavac kroz čl. 5a obavezuje organe državne uprave da se staraju o sprovođenju posebnih mera, u skladu sa Ustavom, zakonima i drugim aktima, “radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima”.Ovu odredbu zakonodavac razvija u Zakonu o državnim službenicima, uvodeći mere afirmativne akcije u postupak popunjavanja radnih mesta u državnoj upravi.

Zakon o državnim službenicima uspostavlja poseban radno-pravni režim koji važi za sve državne službenike. Državni službenici su definisani u čl. 2 kao lica čije se radno mesto sastoji od poslova iz delokruga organa državne uprave, ili

---

<sup>16</sup> Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina (*Službeni list SRJ*, br. 11/2002, *Službeni list SCG*, br. 1/2003. Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009. – dr. zakon, 97/2013. – odluka US i 47/2018.).

<sup>17</sup> Zakon o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018. (drugi zakon), 47/2018.)

sa njima povezanih opštih pravnih, informatičkih, materijalnofinansijskih, računovodstvenih i administrativnih poslova. Radna mesta državnih službenika su, u zavisnosti od složenosti poslova, ovlašćenja i odgovornosti, podeljena na položaje i izvršilačka radna mesta (čl. 32, st. 1).<sup>18</sup> Odredbama Zakona o državnim službenicima propisan je izvestan broj opštih i posebnih uslova koje svaki kandidat mora da ispuni bez obzira da li se radi o položaju ili izvršilačkom radnom mestu.<sup>19</sup> Posebni uslovi se odnose na nivo stručne spreme, odnosno potrebnog obrazovanja, na radno iskustvo i kompetencije neophodne za obavljanje poslova određenog radnog mesta (čl. 46).

Kao što je to slučaj sa svim savremenim evropskim sistemima javne uprave, izbor kandidata za rad u organima državne uprave zasniva se na principu zasluga, odnosno, na njihovoj stručnoj osposobljenosti, znanju i veštinama. Zakon o državnim službenicima, u članu kojim se proklamuje načelo jednakosti u pristupu zaposlenju u državnim službama, propisuje da su kandidatima za radno mesto u organima državne uprave pod jednakim uslovima dostupna sva radna mesta, te da se izbor vrši na osnovu provere kompetencija, odnosno, u skladu sa načelom zasluga (čl. 9 st. 1). U stavu 2 istog člana propisuje se obaveza državnih organa da pri zapošljavanju vode računa "da nacionalni sastav [...] odlika u najvećoj mogućoj meri strukturu stanovništva."<sup>20</sup>

Ovaj član ne sadrži preciznu odrednicu o tome da li se stepen zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina procenjuje na nivou svih zaposlenih u organima državne uprave, ili pak na nivou pojedinačnog organa u kome se radno mesto popunjava. Odgovor na to pitanje dat je u Uredbi o internom i javnom konkursu za

---

<sup>18</sup> Prva grupa obuhvata ona radna mesta koja u znatnoj meri uključuju poslove rukovođenja (čl. 33 st. 1). Izvršilačka radna mesta su sva ostala radna mesta ustanovljena radi obavljanja poslova iz delokruga državnog organa i ona su, u zavisnosti od složenosti i odgovornosti poslova, kao i uslova za obavljanje ovih poslova, razvrstana po zvanjima.

<sup>19</sup> Kandidat za bilo koje radno mesto mora da bude punoletan, da ima državljanstvo Republike Srbije, da poseduje odgovarajući stručnu spremu, da nije bio ranije osuđivan na kaznu zatvora od šest meseci ili dužu, kao i da mu ranije nije prestao radni odnos u državnom organu zbog teže povrede dužnosti iz radnog odnosa (čl. 45 st. 1). Za položaj se zahteva i posedovanje visoke stručne spreme, i najmanje devet godina radnog iskustva u struci ili sedam godina radnog iskustva u struci, od kojih najmanje dve godine na rukovodećim radnim mestima, ili pet godina radnog iskustva na rukovodećim radnim mestima (čl. 45 st. 3).

<sup>20</sup> Mere afirmativna akcija pominju se i u Zaključku Vlade Republike Srbije o merama za povećanje učešća pripadnika nacionalnih manjina u organima državne uprave, donetom 2006. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 40/2006), u kome se predviđa niz mera koje će "neposredno ili preko svojih nadležnih organa i službi [Vlada] trajno preduzimati [...] radi povećanja učešća pripadnika nacionalnih manjina kao državnih službenika i nameštenika u organima državne uprave" (tč. 1). No, ove se mere tiču pre svega područnih jedinica organa državne uprave obrazovanih za teritoriju na kojoj u pretežnoj meri i tradicionalno žive pripadnici nacionalnih manjina.

popunjavanje radnih mesta u državnim organima.<sup>21</sup> U njenom čl. 11, st. 5 sadržano je pravilo da se potreba za zapošljavanjem pripadnika nacionalnih manjina utvrđuje na osnovu odnosa između broja zaposlenih koji su se izjasnili kao pripadnici pojedine nacionalne i njihove zastupljenosti u stanovništvu na teritoriji jedinice lokalne samouprave u kojoj se nalazi sedište državnog organa, odnosno, područna jedinica u kojoj se popunjava radno mesto. Ona glasi ovako:

“Potreba za zaposlenjem pripadnika određene nacionalne manjine proizlazi iz odnosa broja zaposlenih koji su se izjasnili kao pripadnici pojedine nacionalne manjine prema podacima iz registra zaposlenih u javnoj upravi u skladu sa zakonom i njihove zastupljenosti u stanovništvu na teritoriji jedinice lokalne samouprave u kojoj se nalazi sedište državnog organa, odnosno područna jedinica državnog organa u kom se popunjava radno mesto prema rezultatima poslednjeg popisa stanovništva, pod uslovom da se o svojoj nacionalnoj pripadnosti izjasnilo 30% zaposlenih u državnom organu, odnosno područnoj jedinici državnog organa.”

Zakon o državnim službenicima predviđa nekoliko načina popunjavanja izvršilačkih radnih mesta: premeštajem unutar istog državnog organa; premeštajem po osnovu sporazuma o preuzimanju; premeštajem iz drugog državnog organa po sprovedenom internom ili javnom konkursu i, na kraju, zasnivanjem radnog odnosa nakon sprovedenog javnog konkursa na kome je izabran kandidat koji nije državni službenik (čl. 48 i 49). Javni konkurs se sprovodi tek ukoliko drugi način popunjavanja radnog mesta nije uspeo (čl. 49, st. 5). Za položaje je postupak nešto uprošćeniji jer se oni popunjavaju po sprovedenom internom ili javnom konkursu (čl. 66), ali je važno primetiti da zakon pod određenim okolnostima dopušta da državni službenik posle isteka vremena na koje je postavljen bude ponovo postavljen na isti položaj i bez internog ili javnog konkursa (čl. 67).

Postupak sprovođenja internog i javnog konkursa bliže je uređen Uredbom o internom i javnom konkursu za popunjavanje radnih mesta u državnim organima. Ovaj podzakonski akt sadrži nekoliko odredaba koje se tiču primene afirmativnih mera.<sup>22</sup> U njenom čl. 11 st. 4 kaže se da “ako postoji potreba za zaposlenjem pripadnika nacionalne manjine koja je nedovoljno zastupljena među zaposlenima, u oglasu se posebno navodi da pripadnici te nacionalne manjine imaju prednost na listi kandidata u odnosu na druge kandidate sa kojima su ostvarili isti rezultat u konkursnom postupku”. Nakon sastavljanja spiska kandidata koji, shodno podacima iz prijave na konkurs, zadovoljavaju uslove za zaposlenje, sprovodi se

<sup>21</sup> Uredba o internom i javnom konkursu za popunjavanje radnih mesta u državnim organima (*Službeni glasnik RS*, br. 2/2019.)

<sup>22</sup> Sem manjih izuzetaka, odredbe o internom i javnom konkursu za popunjavanje izvršilačkih radnih mesta važe i za popunjavanje položaja kada položaj popunjava Vlada (čl. 74).

izborni postupak u kome se proveravaju kompetencije kandidata prema propisanim kriterijumima.<sup>23</sup> Konkursna komisija na osnovu utvrđenih rezultata potom sačinjava listu kandidata koji ispunjavaju merila propisana za izbor. Istu dostavlja rukovodiocu, koji će u roku od 15 dana u radni odnos primiti kandidata koji je sa najboljim rezultatom ispunio merila za izbor (čl. 57 st. 1 i 2).

Kao dopunski kriterijum za konačan izbor kandidata, Zakon o državnim službenicima ovde uvodi i pravilo da se, *ukoliko se na listi nalazi dva ili više jednako kvalifikovana kandidata a jedan od njih je pripadnik nacionalne manjine, prednost daje kandidatu koji je pripadnik nacionalne manjine* (čl. 57 st. 3).<sup>24</sup> Dodatna pravila za odabir kandidata sadržana su u čl. 54 Uredbe o internom i javnom konkursu. U slučaju da je u oglasu o konkursu navedeno da postoji potreba za zapošljavanjem pripadnika nacionalnih manjina koji su nedovoljno zastupljeni među zaposlenima, prvi dodatni kriterijum za rangiranje kandidata koji imaju isti broj bodova je pripadnost nacionalnoj manjini (čl. 54, st. 2). Shodno ovom pravilu, kandidat koji se dobrovoljno izjasnio o pripadnosti nacionalnoj manjini u konkursnoj prijavi rangira se prvi u odnosu na ostale kandidate koji imaju isti broj bodova. Drugo pravilo, u kome je sadržano rešenje za situaciju u kojoj više kandidata iz reda nacionalnih manjina ima isti broj bodova, uspostavlja kao sledeći dodatni kriterijum broj bodova kojim su vrednovane ponašajne kompetencije (čl. 54, st. 4). U slučaju da jednako kvalifikovani kandidati pripadnici nacionalnih manjina imaju jednak broj bodova za ponašajne kompetencije, treći dodatni kriterijum je broj bodova kojim je kandidat vrednovan na intervjuu sa komisijom (čl. 54, st. 4). Ukoliko ni jedan od prethodna tri kriterijuma ne omogući izbor kandidata, predviđeno je i četvrto pravilo koje prednost daje kandidatu koji je sa više bodova vrednovan na posebnim funkcionalnim kompetencijama, među koje spada i poznavanje stranog, odnosno, jezika nacionalnih manjina (čl. 54, st. 4).

---

<sup>23</sup> Vladin Zaključak ovde uvodi obavezu da pri proveri stručne osposobljenosti, znanja i veština kandidata u okviru javnog konkursa za popunu slobodnog radnog mesta u područnim jedinicama obrazovanim za teritoriju na kojoj je u službenoj upotrebi jezik jedne ili više nacionalnih manjina, testovi ili drugi materijali za pismenu proveru budu dostupni i na odgovarajućem jeziku nacionalne manjine. Tč. 10 Zaključka Vlade Republike Srbije o merama za povećanje učešća pripadnika nacionalnih manjina u organima državne uprave.

<sup>24</sup> Zaključak o merama za povećanje učešća pripadnika nacionalnih manjina, koji je Vlada usvojila znatno pre nego što je data odredba uneta u Zakon o državnim službenicima, u tački 11 ovaj kriterijum određuje na sledeći način: "Prilikom sačinjavanja liste za izbor i izbora kandidata po sprovedenom javnom konkursu, konkursna komisija, odnosno rukovodilac organa državne uprave su dužni da se, u okviru primene principa profesionalizacije, koji podrazumeva stručnu osposobljenost, znanje i veštine kandidata za obavljanje poslova organa državne uprave kao osnovni kriterijum za izbor, među jednakim kandidatima posebno vodi računa o zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina u ukupnoj strukturi zaposlenih u organu".

## ANALIZA

*Opšta razmatranja sadržine odredaba kojima se uvode mere afirmativne akcije*

Iako je primena instituta afirmativnih mera izrodila brojne, sadržinski i obuhvatom veoma raznovrsne tipove afirmativnih mera,<sup>25</sup> pravna teorija i praksa su ipak uspele da iznedre nekoliko osnovnih kriterijumakoji omeđuju ovaj institut. Shodno tumačenjima relevantnih instrumenata za zaštitu ljudskih pravau presudama međunarodnih sudskih institucija ikomentarima međunarodnih tela za zaštitu ljudskih prava, da bi određena mera mogla da se nazove merom afirmativne akcije i bila pravno dozvoljena, ona mora ispuniti tri osnovna uslova:<sup>26</sup> a) da sadržinski bude jasno određena, odnosno, konkretna u pogledu toga kome je namenjena, razloga zbog koga se uvodi, i oblasti na koju se odnosi; b) da nje-no trajanje bude ograničeno; v) da svi aspekti afirmativne mere budu međusobno usklađeni i na koherentan način usmereni ka cilju zbog koga se ona uvodi. Sva tri uslova moraju biti ispunjena već u fazi stvaranja pravnog osnova za primenu mera afirmativne akcije, odnosno, već ih i same pravne norme kojima su propisane moraju zadovoljiti. Oni su vešto sumirani u radnoj definiciji afirmativnih mera sadržanoj u Izveštaju o pojmu i praksi mera afirmativne akcije koji je Specijalni izvestilac Mark Bosui (Marc Bossuyt) 2000. godine pripremio za potrebe Potkomisije Ujedinjenih nacija za promociju i zaštitu ljudskih prava:

“Afirmativna akcija je koherentan paket mera privremenog karaktera, jasno usmerenih na unapređenje položaja pripadnika ciljne grupe u jednom ili više vidova njihovog društvenog života, kako bi se postigla njihova efektivna jednakost.”<sup>27</sup>

<sup>25</sup> V. UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Comprehensive Examination of Thematic Issues Relating to Racial Discrimination: The concept and practice of affirmative action (Preliminary report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 1998/5 Corrigendum), 8 August 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/11/Corr.1, st. 114, str. 25.

<sup>26</sup> V. Ann F. Bayefsky, “The principle of Equality or Non-discrimination in International Law” *Human Rights Law Journal* no. 11, 1990, str. 26, 27.

<sup>27</sup> UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Comprehensive Examination of Thematic Issues Relating to Racial Discrimination: The concept and practice of affirmative action, st. 6, str. 3. Slično određenje afirmativnih mera nalazimo i u akademskoj literaturi, u definicijama kao što je ona u kojoj su afirmativne mere određene kao “mere kojima se nastoji povećati stepen učešća grupa određenih karakteristikama kao što su rasa, rod, invaliditet, u oblastima u kojima se smatra da su one nedovoljno predstavljene”. Christopher McCrudden, Sacha Prechal, “The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach”, European Commission, 2011, str. 38. Videti i veoma široku definiciju afirmativnih mera Kolma O’sine idea, koje on naziva “pozitivna akcija”, i pod njima podrazumeva “bilo koju vrstu proaktivnih mera,



Uvodeći mere afirmativne akcije za zapošljavanje pripadnika nacionalnih manjina u pozitivno pravo Republike Srbije, zakonodavac je u priličnoj meri zadovoljio ove kriterijume. Već je u čl. 4 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, koji predstavlja neposredan pravni osnov za uvođenje afirmativnih mera u naše radno-pravno zakonodavstvo, jasno određena svrha uvođenja mera (“unapređenje pune i efektivne ravnopravnosti u zapošljavanju”), korisnici mera (“pripadnici nacionalnih manjina”) i oblast na koju se mere odnose (“zapošljavanje u javnom sektoru”), te ograničeno njihovo trajanje (“do postizanja odgovarajuće zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina”). Kao što smo videli, čl. 4 je na prilično sistematičan i koherentan način razrađen u Zakonu o državnim službenicima. U njemu sadržane odredbe o afirmativnim merama u korist pripadnika manjinskih zajednica na jasan način određuju način njihovog sprovođenja, ispunjavajući time uslov da sadržina mera afirmativne akcije bude precizno određena. U Uredbi o internom i javnom konkursu na prilično detaljan način uređuju se pitanja koja se tiču njihovog sprovođenja i obezbeđuje da svi bitniji aspekti njihove primene budu međusobno usklađeni i na koherentan način usmereni ka zadatom cilju. Donosilac datog podzakonskog akta ovde nastoji i da reguliše pitanje vremenskog važenja odredaba o afirmativnim merama, odnosno, da precizan odgovor na pitanje kada se ima smatrati da je došlo do postizanja odgovarajuće zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina.

Princip formalne jednakosti, u kome leži suštinski razlog zbog koga mere afirmativne akcije moraju biti vremenski ograničene tj. vezane za ispunjenje konkretnog i merljivog cilja u domenu efektivne jednakosti, isto tako nalaže i da mere afirmativne akcije ne izlaze izvan okvira onog što je apsolutno neophodno za postizanja pred njih postavljenog cilja.<sup>28</sup> Drugim rečima, mere afirmativne akcije se mogu smatrati legitimnim sredstvom za postizanje efektivne jednakosti pripadnika manjinskih zajednica samo ukoliko postoji odnos srazmernosti između njihovog obuhvata i cilja kome se teži.<sup>29</sup>

U pravnoj teoriji i praksi dobro je poznato da je princip srazmernosti podložen veoma različitim i često kontradiktornim tumačenjima, što je dovelo do toga da je pitanje koje se mere imaju smatrati dozvoljenim, postalo veoma kon-

---

uključujući i raznovrsne strategije i inicijative, oblikovanih tako da budu od koristi grupi koja je u nepovoljnom položaju”. Colm O’Cinneide, “Positive Action and the Limits of Existing Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* no. 13, 2006, str. 354.

<sup>28</sup> Explanatory Report to the Framework Convention, st. 39, str. 15.

<sup>29</sup> V. *UN Committee on the Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, 10 June 2009, E/C.12/GC/20, (further: UNCESCR, General Comment No. 20), st. 9, str. 4.

troveržno i izvor brojnih pravnih rasprava.<sup>30</sup> U nastojanju da pomogne državama potpisnicama Okvirne konvencije da lakše prebrode ove dileme, Savetodavni komitet u svojim komentarima ukazuje na neophodnost da i nakon propisivanja mera afirmativne akcije, sistem zapošljavanja ostane zasnovan na principu zasluga, odnosno, na objektivnim kriterijumima za kvalitetno obavljanje poslova radnog mesta koje se popunjava.<sup>31</sup>

Analiza gore izloženih odredaba Zakona o državnim službenicima i sa njima povezanih odredaba podzakonskih akata ukazuje na to da se uvođenjem mera afirmativne akcije u korist pripadnika nacionalnih manjina ne narušava načelo zasluga na kome počiva postupak zapošljavanja. To je postignuto tako što se prednost daje kandidatu koji pripada manjinskoj zajednici isključivo u situaciji kada je on pokazao isti stepen stručne osposobljenosti, znanja i veština neophodnih za obavljanje poslova radnog mesta koje se popunjava kao i drugi jednako rangirani kandidat.

Prethodni redovi pokazuju da se pri propisivanju mera afirmativne akcije uvedenih s ciljem da se ispuni standard adekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina među zaposlenima u državnoj upravi, zakonodavac skoro u potpunosti kretao sigurnim stazama. Može se konstatovati da analizirane odredbe ispunjavaju osnovne međunarodne standarde, odnosno, u njima sadržane kriterijume koje afirmativne mere treba da ispune kako bi preživele u sudaru sa principom jednakosti svih pred zakonom. U narednim redovima rad će se osvrnuti na pitanje u kojoj meri analizirane odredbe odražavaju temeljno razumevanje svrhe standarda adekvatne zastupljenosti. To će biti učinjeno kroz razmatranjenačini na koji je zakonodavac odredio krug korisnika mera afirmativne akcije u svetlu komentara Savetodavnog komiteta u kojima se on posredno ili neposredno bavi ovom temom.

### *Razmatranja koja se tiču kruga lica koja mogu biti korisnici afirmativnih mera*

Kao što je već rečeno, jedan od osnovnih kriterijuma za propisivanje mera afirmativne akcije je da se na jasan i precizan način definiše ko su njihovi korisni-

<sup>30</sup> Hugh Collins, "Discrimination, Equality and Social inclusion", *Modern Law Review*no. 66, 2003, str. 16.

<sup>31</sup> Savetodavni Komitet, Tematski komentar br. 2, st. 125, str. 59–60. V. i: *Opinion of the Advisory Committee on Macedonia in the fourth monitoring cycle*, in: *Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Compilation of Opinions of the Advisory Committee relating to Article 15 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (4<sup>th</sup> Cycle)*, Strasbourg, 18 September 2017, str. 47.

ci, te da odabir korisnika bude utemeljen u objektivnoj potrebi da se unapredi njihov položaj u relevantnoj oblasti društvenog života. Pravilo je da što je grupa u pitanju osetljivija, tj. socijalno-ekonomski ugroženija, to je lakše opravdati uvođenje afirmativnih mera.<sup>32</sup> U Srbiji je, kao što smo videli, uvođenje afirmativnih mera pre svega motivisano potrebom da se odgovori na problem neadekvatne zastupljenosti pripadnika manjinskih zajednica u organima državne uprave, na koji u svojim nalazima ukazuje Savetodavni komitet. On po sebi predstavlja objektivan i dovoljan razlog za uvođenje afirmativnih mera.

Odredbe Okvirne konvencije ne mogu se tumačiti izolovano jedna od druge već se one moraju sagledavati kao različiti putevi koji vode do istog cilja i pri tome se često prepliću. Međusobna povezanost ključnih odredaba Okvirne konvencije ukazuje na to da se njihov normativni sadržaj i njihovi ciljevi ne mogu celosti sagledati bez razumevanja njihovog međusobnog odnosa. Data konstatacija se naročito odnosi na čl. 15, koji Savetodavni komitet tumači kroz njegov odnos sa drugim članovima Konvencije.<sup>33</sup> Upravo zbog toga, kada govori o standardu adekvatne zastupljenosti Savetodavni komitet govori o adekvatnoj zastupljenosti "pripadnika nacionalnih manjina i/ili osoba koje govore manjinske jezike".<sup>34</sup> Takvo određenje standarda izvire iz međusobne isprepletanosti participativnih prava sadržanih u čl. 15, principa efektivne jednakosti iz čl. 4, i tzv. jezičkih prava garantovanih u članovima 9 do 17 Okvirne konvencije. Jer, za ostvarenje standarda adekvatne zastupljenosti bitno je ne samo da se pripadnicima manjinskih grupa omogući da pod jednakom uslovima učestvuju u vođenju javnih poslova, već i da se obezbedi efikasan pristup javnim službama i javnim dobrima i za one pripadnike manjinskih zajednica koji ne vladaju u dovoljnoj meri jezikom u službenoj upotrebi, te osigura očuvanje jezika nacionalnih manjina kroz njihovo svakodnevno korišćenje u javnoj sferi.

Nasuprot tome, svođenje kruga korisnika afirmativnih mera na osobe koje su se izjasnile kao pripadnici nacionalnih manjina odražava jedno prilično površno razumevanje standarda adekvatne zastupljenosti i pati od brojnih problema koji polaze od rigidnog razumevanja pojma identiteta. Zapravo, moglo bi se reći da ovakvo rešenje boluje od tipičnih nedostataka onog pristupa problemu diskriminacije koji polazi od grupe određene putem tipičnih osnova diskrimina-

---

<sup>32</sup> *Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2008)5 on policies for Roma and/or Travellers in Europe, adopted on 20 February 2008, part VII (II) (i).*

<sup>33</sup> Annelies Verstichel, "Elaborating A Catalogue of Best Practices of Effective Participation of National Minorities: Review of the Opinions of the Advisory Committee Regarding Article 15 of the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities", *European Yearbook of Minority Issues* no. 2, 2004, str. 195.

<sup>34</sup> Savetodavni Komitet, Tematski komentar br. 2, st. 86, str. 54.

cije (tzv. “grounds-led approach to discrimination”), a ne od ciljeva koji se kroz odredbe o zaštiti od diskriminacije žele postići. Osnovni problem sa ovim pristupom je što on na pojednostavljen način tumači “socijalni identitet” članova zaštićenih grupa, odnosno, zanemaruje svu kompleksnost pitanja identiteta.<sup>35</sup> Kompleksnost koja se manifestuje u pojavama kao što su višestruki identitet, i koja je posledica okolnosti kao što su različito nacionalno poreklo roditelja, odrastanje u državi koja nije država porekla, itd.<sup>36</sup> Usled ovog nedostatka, tj. ovako pojednostavljenog sagledavanja pojma grupnog i identiteta pojedinca, ovaj pristup može olako da dovede do toga da mere afirmativne akcije služe deklarativnom ispunjavanju međunarodnih obaveza.

Preciznije rečeno, on može da dovede do situacija u kojima se prednost u postupku odabira kandidata za popunjavanje radnog mesta daje kandidatu koji je sačuvao samo neke, nominalne elemente svog manjinskog identiteta, kao što je to lično ime, ali je kroz proces dobrovoljne asimilacije izgubio one supstantivne, kao što je to poznavanje jezika manjinske grupe.<sup>37</sup> Tako nešto bi mogao biti i rezultat načina na koji je u našem pravu uređen krug korisnika i postupak sprovođenja afirmativnih mera. Kao ilustracija ove tvrdnje mogu da posluže odredbe kojima se uređuje postupak odabira kandidata za popunjavanje radnog mesta. Shodno dopunskim kriterijumi iz čl. 54 Uredbe o internom i javnom konkursu, u situaciji u kojoj više kandidata iz redova manjinskih zajednica na konkursu ima jednak broj bodova, poznavanje jezika manjinskih zajednica je poslednji, pa time za zakonodavca i najmanje važan kriterijum kojim bi državni organ trebalo da se rukovodi pri odabiru kandidata. Ukoliko bi, sledeći ove kriterijume, prednost bila data kandidatu koji ne govori jezik manjinske grupe kojoj pripada, to bi se odrazilo i na domašaj afirmativnih mera, jer bi one u ovom slučaju samo minimalno doprinosile ostvarenju ciljeva na kojima počivaju čl. 15 i u njemu sadržan standard adekvatne zastupljenosti. Jer, jezička prava su esencija manjinskih prava,<sup>38</sup> s

<sup>35</sup> V. Nitya Iyer, “Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity”, *Queen’s Law Journal* 19, 1993, str. 181.

<sup>36</sup> V.: Savetodavni komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Tematski komentar br. 3: Pravo na upotrebu jezika pripadnika nacionalnih manjinana osnovu Okvirne konvencije, usvojen 24. maja 2012. (ACFC/44DOC(2012)001rev), st. 18, str. 13.

<sup>37</sup> Naravno, pitanje nacionalnog ili etničkog identiteta pojedinca i elemenata koji ga određuju pripada ličnoj sferi svakog pojedinca. No, kada se nacionalni identitet koristi kao osnov za razlikovanje pojedinaca i određivanje kruga lica koja će imati pristup nekom bitnom društvenom dobru, kao što je to slučaj sa afirmativnim merama, njegovo raščlanjivanje na elemente od kojih je sačinjen spram ciljeva koji se ovakvim razlikovanjem žele postići može biti sasvim opravdano.

<sup>38</sup> Knut Vollebaek, “Opening address to the Conference “Linguistic Rights of National Minorities: Ten Years after the Oslo Recommendations and Beyond”, Oslo, Norway, 18 June 2008, <https://www.osce.org/hcnm/32706> 18.07.2019.

obzirom na to da je jezik jedan od osnovnih nosilaca kulture, put ka basenu kolektivnog znanja koje se akumuliralo tokom prethodnih generacija i izvor grupne solidarnosti.<sup>39</sup> Zbog toga, kada govori o efikasnosti učešća manjinskih zajednica u javnom životu u kontekstu čl. 15, Savetodavni komitet ističe da ona ne može biti definisana i merena na apstraktan način:

“Kada razmatra da li je učešće pripadnika manjinskih zajednica dovoljno efikasno, Savetodavni komitet ne ispituje samo sredstva kojima se promovise puna i efektivna jednakost pripadnika manjinskih zajednica. On, takođe, uzima u obzir i njihov uticaj na položaj manjinskih grupa, kao i na šire društvo. Ovaj uticaj ima kvalitativnu i kvantitativnu dimenziju.”<sup>40</sup>

Iz ovih razloga smatramo da zakonska formulacija prema kojoj se afirmativne mere ustanovljavaju u korist “pripadnika nacionalnih manjina”, odnosno osoba koje su se dobrovoljno izjasnile kao pripadnici nacionalnih manjina, ne korrespondira ciljevima koji leže u temelju standarda adekvatne zastupljenosti. Mišljenja smo da je krug korisnika na ovaj način preusko određen, da se njom osnovano sužava domašaj odredaba o afirmativnim merama, te da ona odražava nedovoljno razumevanje standarda adekvatne zastupljenosti. Proširenjem kruga korisnika mera afirmativne akcije i na osobe koje govore jezike manjinskih grupa, ili pak izmene odredaba o afirmativnim merama kojima bi akcenat bio pomeren sa izjave o nacionalnoj pripadnosti na poznavanje jezika, kao odlučujućeg uslova za obavljanje poslova u opisu radnog mesta koje se popunjava, bi moglo da ima višestruke prednosti u odnosu na način na koji su sada koncipirane afirmativne mere. Time bi se afirmativne mere dodatno približile ciljevima zbog kojih su uvedene a koji, kao što smo već primetili, leže u odnosu između čl. 15, principa efektivne jednakosti i članova Konvencije koji se tiču korišćenja manjinskih jezika u javnoj sferi<sup>41</sup>.

Drugim rečima, ovako koncipirane afirmativne mere bi omogućile pripadnicima manjinskih grupa ne samo da učestvuju u vođenju javnih poslova, već i pristup javnim službama i onim pripadnicima manjinskih grupa koji ne vladaju jezikom u službenoj upotrebi u državnim organima, te očuvanje i razvijanje manjinskih jezika kroz njihovo korišćenje u javnoj sferi. Ne manje bitno, u Srbiji bi

---

<sup>39</sup> Noam Chomsky, “Why Are There So Many Languages? Diversification from an Underlying Unity”, Lecture at the Endangered Languages Fund, New Haven. 15 November 2006, <http://katie.lowfatdesigns.com/chomsky.php> 16.08.2019. Slično: “Russell Bernard, Preserving Language Diversity”, *Human Organization*, Vol. 51, 1992, str. 82.

<sup>40</sup> Savetodavni komitet Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Tematski komentar br. 3, st. 18, str. 22.

<sup>41</sup> V., na primer, čl. 10 Okvirne konvencije.

to otklonilo probleme koji se tiču prikupljanja tako osjetljivih podataka kao što je podatak o nacionalnoj pripadnosti.

Verovatno imavši u vidu sve te i mnoge druge razloge, Savetodavni komitet u jednom od svojih mišljenja naglašava da cilj adekvatne zastupljenosti treba shvatiti “na fleksibilan način”.<sup>42</sup> Da ga treba shvatiti kroz potrebu da se obezbede uslovi za efikasno prisustvo pripadnika nacionalnih manjina u javnoj upravi koji će im omogućiti da učestvuju u procesu oblikovanja javnih odluka, standarda i procedura tako da ovi odražavaju i posebne potrebe manjinskih grupa. A jedini način da se to osigura jeste da se umesto izjašnjavanja, brojanja i prebrojavanja vodi računa o potrebnim i korisnim znanjima i veštinama sadašnjih i budućih državnih službenika.<sup>43</sup>

### ZAKLJUČAK

U nastojanju da reši problem neadekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina među zaposlenima u državnoj upravi, Republika Srbija je počev od 2016. godine donela niz novih odredaba kojima se u postojeće radno-pravno zakonodavstvo uvodi institut afirmativnih mera. Afirmativne mere se ustanovljavaju u korist kandidata iz redova nacionalnih manjina u postupku popunjavanja radnih mesta sve dok ne bude postignuta njihova odgovarajuća zastupljenosti među zaposlenima u organima državne uprave. Načelno gledano one zadovoljavaju sva tri osnovna uslova koja, shodno postojećim međunarodnim standardima treba da budu ispunjena da bi se mere afirmativne akcije mogle smatrati dozvoljenim sredstvom za postizanje *de facto* jednakosti: sadržinski su određene, odnosno, iz njih jasno proizilazi kome su namenjene, cilj koji se želi postići, i oblast na koju se odnose; njihovo trajanje je vremenski ograničeno; i njima se na sistematičan i koherentan način pristupa ostvarenju svrhe zbog koje su donete. Značaj pred njih postavljenog cilja i okolnost da se njima ne ugrožava ostvarenje načela zasluga, odnosno, prednost daje kandidatu iz manjinskih zajednica samo kada je on jedan od jednako rangiranih kandidata, obezbeđuje srazmernost između upotrebljenih mera i cilja kome se teži. Sve ovo, ipak, ne garantuje da su analizirane mere afirmativne akcije put ka adekvatnoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina među zaposlenima u državnoj upravi Srbije.

<sup>42</sup> Opinion on Montenegro of the Advisory Committee in the first monitoring cycle, u: Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Compilation of Opinions of the Advisory Committee relating to Article 15 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (1<sup>st</sup> Cycle), Strasbourg, 4 July 2011, str. 48.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Izložena razmatranja načina na koji je određen krug njihovih korisnika ukazuju na jedno prilično pojednostavljeno razumevanje njihove svrhe. Standard adekvatne zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina, kojim se naš zakonodavac rukovodio prilikom propisivanja afirmativnih mera, se ne može svesti na pitanje brojčane zastupljenosti pripadnika manjinskih grupa među zaposlenima u državnoj upravi, kako na to ukazuje Savetodavni komitet u svojim komentarijima. Za razumevanje ciljeva koji su u njemu pohranjeni neophodno je razumeti posebne potrebe pripadnika nacionalnih manjina u odnosu na potrebe većinske grupe. Jednako je bitno razumeti i ograničenja koja proizlaze iz njihovog trenutnog položaja u društvu, naročito kada su u pitanju socijalno-ekonomski marginalizovane manjinske grupe. Poslednje, ali ne manje bitno, neophodno je sagledati i ograničenja samog društva. No, to su samo neke od tema koje bi trebalo da budu razmatrane u nekoj budućoj, detaljnijoj analizi odredaba o merama afirmativne akcije za zapošljavanje u državnoj upravi.

MILICA V. MATIJEVIĆ, Ph.D.,  
Researcher, Institute of Comparative Law,  
Belgrade

THE AFFIRMATIVE MEASURES FOR RECRUITMENT OF PERSONS  
BELONGING TO MINORITY COMMUNITIES IN THE STATE ADMINISTRATION  
OF THE REPUBLIC OF SERBIA:  
AN ANALYSIS OF THE LEGAL FRAMEWORK

Summary

According to the interpretation of Article 15 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the presence of persons of minority background in the public sector bodies is one of the necessary conditions for an effective participation of minority communities in public affairs. Whether their presence among the civil servants can be considered sufficient for the purposes enshrined in Article 15 should be evaluated against the standard of adequate representation. Prompted by the need to overcome the problem of inadequate presence of persons of minority background in its state administration bodies, as noted in the Advisory Committee's findings on the implementation of Article 15 of the Framework Convention, since 2016 the Republic of Serbia has adopted a number of provisions which introduce affirmative action measures in the recruitment process for filling in positions in the state administration. The paper maps these provisions and analyses them in the light of the standard of adequate representation, as developed through the Advisory Committee's interpretation of the Framework Convention in its thematic and country-specific commentaries, and other relevant international standards on the affirmative action measures.

*Key words:* affirmative measures, Framework Convention for the Protection of National Minorities, standard of adequate representation, recruitment, state administration





## RADNOPRAVNI POLOŽAJ PENZIONERA U SRBIJI

*Demografska i ekonomska slika u Srbiji poslednjih godina nije na zavidnom nivou. Loša demografska situacija je i u drugim, posebno evropskim državama. Lica u Srbiji mogu biti korisnici različitih penzija, tj. invalidske, porodične i starosne. U zavisnosti od toga koju penziju koriste radno angažovanje penzionera je u principu isključeno (invalidska penzija), ograničeno (porodična penzija) ili dozvoljeno (starosna penzija). Radno angažovanje starosnih penzionera (uključujući i one koji su ostvarili pravo na prevremenu starosnu penziju) nije ograničeno pozitivnopravnim propisima u Srbiji. Radno angažovanje lica koja su ostvarila pravo na invalidsku penziju u principu je isključeno, osim u slučaju profesionalnih vojnih lica koja su izgubila sposobnost za profesionalnu vojnu službu, a porodičnih penzionera ograničeno. Jedno od trenutno najaktuelnijih pitanja povodom radnog angažovanja penzionera je plaćanje zdravstvenog osiguranja. Ujedno, postoje i tvrdnje o povezanosti povećanja granice za odlazak u penziju i radnog angažovanja penzionera i smanjenja zaposlenosti mladih, koja nije još uvek sa sigurnošću utvrđena.*

*Ključne reči: radnopravni položaj penzionera, prestanak radnog odnosa zbog navršene radnog veća, radno angažovanje penzionera, zdravstveno osiguranje penzionera, penzi-one reforme*

### U V O D

Radni odnos najčešće podrazumeva radno angažovanje lica koja svoj radni vek još nisu završila, tj. koja nisu ostvarila pravo na penziju. Pensioneri su, po

pravilu, pojedinci, koji nakon završetka svoga radnog veka svoju egzistenciju zadovoljavaju primanjem penzija, koja predstavlja novčanu naknadu iz fonda sastavljenog od novčanih davanja od strane radno sposobnog stanovništva. Dakle, možemo već na početku zaključiti da se fond za penzijsko i invalidsko osiguranje finansira iz zarada i naknada radno aktivnog stanovništva.

Ideal mnogih evropskih država je "država blagostanja" koja počiva na jakoj socijalnoj politici, koju čini i organizovani sistem zdravstvenog i penzionog osiguranja. Socijalna politika, koju u osnovi čine principi jednakosti, ravnopravnosti, socijalne pravde, garantovana socijalnasigurnost građana i integracija, posmatra se kao put socijalnih promena i uspostavljanja ravnopravnog i demokratskog pluralističkog društva, u kome postoji ujednačenost između ekonomskih, političkih i socijalnih prava i sloboda.<sup>1</sup>

Održivost penzija i samog penzionog sistema zavisi od broja radno angažovanih lica u jednoj zemlji. U Srbiji je ona već duži vremenski period upitna. U julu 2019. godine bilo je ukupno 1.706.637 penzionera, od čega 1.084.404 starosnih penzionera, 279.569 invalidskih penzionera i 342.664 porodičnih penzionera. Prosečna penzija iznosila je 26.347,00 dinara.<sup>2</sup> Veliki broj pripadnika starije populacije živi u uslovima na granice egzistencije, pri čemu su penzioneri posebno ugroženi.<sup>3</sup>

Nasuprot prethodnom stoji podatak da u Srbiji ima 2.179.171 zaposlenih lica<sup>4</sup>. Prosečna mesečna neto-zarada u junu 2019. godine je iznosila 53.633,00 dinara<sup>5</sup>. Procena je da u Srbiji trenutno živi oko 6.963.764 stanovnika, prosečne starosti od 43 godine, po domaćinstvu prosečno ima 2,88 člana, deca od 0-17 godina čine 17%, stanovnici od 18-65 godina čine 63%, a stariji od 65 godina 20% stanovništva.<sup>6</sup>

Prethodno izneti podaci govore nam o nezavidnoj demografskoj i ekonomskoj poziciji Srbije. Prosečna penzija nije trenutno dovoljna ni za minimal-

<sup>1</sup> Kristijan Ristić, Petar Belokapić, Srđan Milenković, Žarko Ristić, *Ekonomija socijalnog, zdravstvenog i penzijskog osiguranja*, Beograd, 2016, str. 10.

<sup>2</sup> Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje, *Statistički mesečni bilten*, VII/2019, Beograd, septembra 2019.

<sup>3</sup> Maja Jandrić, Svetozar Tanasković, *Položaj stanovništva između 50 i 64 godine na tržištu rada u Srbiji*, Beograd 2016, str. 15.

<sup>4</sup> Broj zaposlenih u Srbiji, jul 2019, <http://data.stat.gov.rs/Home/Result/24021201?languageCode=sr-Latn>, 13.09.2019.

<sup>5</sup> Prosečna mesečna zarada, jun 2019. godine, <http://data.stat.gov.rs/Home/Result/2403040101?languageCode=sr-Latn>, 12.09.2019.

<sup>6</sup> Struktura stanovništva u Srbiji, <http://data.stat.gov.rs/Home/Result/18010403?languageCode=sr-Latn#>, 13.09.2019.

nu potrošačku korpu. Broj zaposlenih prema broju penzionera nije ni u odnosu 2:1, a daleko je od idealnog odnosa 3:1. Fond za penzije je neodrživ i finansira se iz budžeta. Ukoliko se demografska i ekonomska situacija ne poprave, penzioni fond će biti u sve lošijem stanju.

Nezavidna situacija je i u drugim državama sveta, a posebno u zemljama Evrope i u Severnoj Americi. Stanovništvo u njima ubrzano stari. 1994. godine stariji od 60 godina činili su oko 18% stanovništva, a 2014. godine 23% procenta, pri čemu su procene da će 2050. godine iznositi 32% procenta. To, pored ostalih faktora, dovodi u pitanje opstanak države blagostanja zasnovane pre svega na sistemu državnog zdravstvenog i penzionog sistema. Zato je sve masovnija pojava privatnog zdravstvenog i penzionog osiguranja, koji služe kao potpore već postojećim državnim.<sup>7</sup>

Zbog toga je radno angažovanje lica, koja se nalaze u penziji za mnoge od njih nužnost, radi obezbeđenja egzistencije. Ujedno, možemo reći da je i korisno, s obzirom da se nastavkom njihovog radnog veka dodatno ojačavaju fondovi penzijskog i invalidskog osiguranja i zdravstvenog osiguranja uplatama doprinosa od njihovih zarada i naknada. Radno angažovanje penzionera, može predstavljati jednu od mera koja treba da omogući stabilizaciju tržišta rada i fondova penzijskog i invalidskog osiguranja. Međutim, ona svakako ne može biti jedina, niti će samostalno primenjena dati odgovarajuće rezultate.

#### PRESTANAK RADNOG ODNOS ZBOG NAVRŠENJA RADNOG VEKA U SRBIJI

Osnovi za prestanak radnog odnosa su pravne pretpostavke, odnosno okolnosti koje su tačno određene pravnim propisom i čije nepostojanje isključuje mogućnost prestanka radnog odnosa.<sup>8</sup> Članom 175. stavom 1. tačkom 2) Zakona o radu<sup>9</sup> propisano je da radni odnos zaposlenom prestaje kada zaposleni navrší 65 godina života i najmanje 15 godina staža osiguranja, ako se poslodavac i zaposleni drukčije ne sporazumeju. Navršenje radnog veka nije u opštem radnom režimu osnov za prestanak radnog odnosa, zato što se poslodavac i zaposleni mogu sporazumeti da zaposleni nastavi da radi kod poslodavca. Radni odnos u tom slučaja-

---

<sup>7</sup> Carlos-Maria Alcover, "Bridge employment: Transitions from career employment to retirement and beyond", *The Palgrave Handbook of Age Diversity and Work*, (ed. Emma Parry, Jean McCarthy), London, 2016, p. 227–228.

<sup>8</sup> Radoje Brković, Bojan Urdarević, Aleksandar Antić, *Praktikum za radno i socijalno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, str. 238.

<sup>9</sup> Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

ju, na osnovu sporazuma, može biti produžen na određeno ali i neodređeno vreme. Takođe, mišljenja smo da nije suprotno odredbama Zakona o radu i da se radni odnos zaposlenom otkáže rešenjem o prestanku radnog odnosa nakon što zaposleni navrší 65 godina života i najmanje 15 godina staža osiguranja, a da se potom ponovo zasnuje ugovorom o radu sa istim poslodavcem na određeno ili neodređeno vreme umesto da se produži sporazumom. Dakle, navršenje 65 godina života i najmanje 15 godina staža osiguranja nisu osnov za prestanak radnog odnosa po sili zakona u opštem radnom režimu.

Postavlja se pitanje, da li zaposlenom može prestati radni odnos, ukoliko je navršio 65. godina života ali nema 15 godina staža osiguranja? Mišljenja smo da ne može, s obzirom da su uslovi za prestanak radnog odnosa postavljeni kumulativno i u prethodno navedenom slučaju zaposleni ima pravo da radi dok ne navrší najmanje 15 godina staža osiguranja, bez obzira na to što će u tom slučaju biti stariji od 65. godina života.

Takođe, ukoliko zaposleni stekne uslov za starosnu penziju (zaposlene žene) ili prevremenu starosnu penziju<sup>10</sup> pre navršenja 65. godina života, prestanak radnog odnosa zavisi od njihove volje, tj. poslodavac im ne može otkazati u tom slučaju ugovor o radu. Razlog se ogleda u tome što nisu ispunjeni uslovi iz člana 175. stav 1. tačka 2) Zakona o radu.

U posebnim radnim režimima, pre svega sistemu državnih službenika i lokalnih službenika isključena je mogućnost produžetka radnog odnosa zaposlenom nakon što navrší 65. godina života i minimum 15 godina staža osiguranja. Članom 131. stavom 1. tačkom 1) Zakona o državnim službenicima<sup>11</sup> i članom 163. stavom 1. tačkom 1) Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave<sup>12</sup> navršenje radnog veka državnog odnosno lokalnog službenika je osnov za prestanak radnog odnosa po sili zakona. Isto rešenje sadržano je i u članu 167. Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja<sup>13</sup>, te proizilazi da i zaposlenima u osnovnim i srednjim školama i ustanovama

<sup>10</sup> U članu 20. Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih, "Sl. glasnik RS", br. 68/2015, 81/2016 – odluka US i 95/2018, je bilo predviđeno da zaposlenom sticanjem uslova za prevremenu starosnu penziju prestaje radni odnos po "sili zakona" ali je ova odredba, prema našem mišljenju, sasvim opravdano oglasena neustavnom Odlukom Ustavnog suda objavljenom u "Sl. glasniku RS", br. 81/2016.

<sup>11</sup> Zakon o državnim službenicima, "Sl. glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005 – ispr., 83/2005 – ispr., 64/2007, 67/2007 – ispr., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 i 95/2018.

<sup>12</sup> Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, "Sl. glasnik RS", br. 21/2016, 113/2017, 95/2018 i 113/2017 - dr. zakon.

<sup>13</sup> Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, "Sl. glasnik RS", br. 88/2017, 27/2018 - dr. zakoni i 10/2019.

predškolskog vaspitanja i obrazovanja zaposlenima radni odnos prestaje po “sili zakona”, kada navršše navršši 65. godina života i 15 godina staža osiguranja.

Međutim, mišljenja smo da lice kome je prestao radni odnos zbog navrššenja 65 godina života i minimum 15 godina staža osiguranja, može ponovo zasnovati radni odnos kao državni ili lokalni službenik, odnosno u osnovnoj i srednjoj školi i ustanovi predškolskog obrazovanja i vaspitanja. U Zakonu o državnim službenicima, Zakonu o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave i Zakonu o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, kao smetnja za zasnivanje radnog odnosa nije naveden ranije prestanak radnog odnosa zbog navrššenja 65 godina života i minimum 15 godina staža osiguranja, a ni zabrana zasnivanja radnog odnosa sa licem koje je korisnik penzije.

U Zakonu o visokom obrazovanju<sup>14</sup> mogućnost produžavanja radnog odnosa nakon navršavanja radnog veka je ograničena. Članom 93. prethodno navedenog Zakona je propisano da nastavniku koji je navršio 65 godina života i minimum 15 godina staža osiguranja u zvanju redovnog profesora, ukoliko postoji potreba za nastavkom rada, može se produžiti radni odnos ugovorom sa visokoškolskom ustanovom na određeno vreme do dve godine, uz mogućnost dodatnih produženja, a najduže do kraja školske godine u kojoj navršava 70 godina života. Nastavniku se može produžiti radni odnos ako ima najmanje 20 godina radnog iskustva u visokom obrazovanju i ako je nakon sticanja zvanja redovnog profesora ostvario rezultate u naučnom radu, odnosno u umetničkom stvaralaštvu i u razvoju naučnonastavnog podmlatka na fakultetu koji su potrebni za izbor u zvanje redovnog profesora.

#### RADNO ANGAŽOVANJE PENZIONERA U SRBIJI

Shodno Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju<sup>15</sup> u našem pravnom sistemu postoje starosna, prevremena starosna, invalidska i porodična penzija.

Članom 21. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju određeno je da lice stiče pravo na invalidsku penziju nastupanjem invalidnosti. Invalidnost postoji kad kod osiguranika nastane potpuni gubitak radne sposobnosti, odnosno kad kod profesionalnog vojnog lica nastane potpuni gubitak sposobnosti za profesionalnu vojnu službu, zbog promena u zdravstvenom stanju prouzrokovanih povredom na radu, profesionalnom bolešću, povredom van rada ili bolešću, koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom.

---

<sup>14</sup> Zakon o visokom obrazovanju, “Sl. glasnik RS”, br. 88/2017, 27/2018 – dr. zakon i 73/2018.

<sup>15</sup> Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, “Sl. glasnik RS”, br. 34/2003, 64/2004 – odluka USRS, 84/2004 – dr. zakon, 85/2005, 101/2005 - dr. zakon, 63/2006 – odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018 i 46/2019 – odluka US.

S obzirom da je za obavljanje određenih poslova neophodno postojanje radne sposobnosti bez obzira da li se oni preduzimaju na osnovu ugovora o radu ili ugovora kojim se ne zasniva radni odnos (ugovora o privremenim i povremenim poslovima, ugovor o delu...) nemoguće je radno angažovanje invalidskog penzionera.<sup>16</sup> Izuzetak postoji kod profesionalnih vojnih lica, koja su pravo na invalidsku penziju stekla zbog potpunog gubitka sposobnosti za profesionalnu vojnu službu. Gubitak prethodno navedene sposobnosti je uži od potpunog gubitka radne sposobnosti. Shodno tome, profesionalno vojno lice koje se u invalidskoj penziji nalazi zbog potpunog gubitka sposobnosti za profesionalnu vojnu službu, prema našem mišljenju može biti radno angažovano, pošto nije u potpunosti izgubilo radnu sposobnost.

Pravo na porodičnu penziju uređeno je članovima 27–36. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju. Članom 117. stavovima 2–4. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju određeno je da se korisniku porodične penzije koji stekne svojstvo osiguranika obustavlja isplata porodične penzije. Korisniku porodične penzije, koji stekne svojstvo osiguranika po osnovu obavljanja privremenih i povremenih poslova, ako nije osiguran po drugom osnovu, obavljanja privremenih i povremenih poslova preko omladinskih zadruga, koje se u smislu Zakona smatraju poslodavcem, a ima navršanih 26 godina života, odnosno bez obzira na godine života ako nije na školovanju i obavljanja poslova po osnovu ugovora o delu odnosno poslova po osnovu autorskog ugovora, kao i poslova po osnovu drugih ugovora, kod kojih za izvršen posao ostvaruje naknadu, obustavlja se isplata porodične penzije, nakon utvrđivanja staža osiguranja za period utvrđenog staža osiguranja.

<sup>16</sup> U prilog prethodno navedenom stavu navodimo Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, broj službeno 114/2016-07, od 3.6.2016: "Prema tome, ako korisnik invalidske penzije ponovo stekne svojstvo osiguranika, odnosno ako se zaposli, ili počne da obavlja samostalnu delatnost, nastaje i obaveza uplate doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. Međutim, korisnik invalidske penzije u tom slučaju nema pravo na ponovno određivanje penzije, ali postoji mogućnost pokretanja postupka ponovne ocene invalidnosti od strane organa Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje, po službenoj dužnosti. Pritom, imajući u vidu da se Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju ne utvrđuju uslovi potrebni da bi neko lice bilo radno angažovano, ukoliko korisnik invalidske penzije stekne svojstvo obavezno osiguranog lica, osnov prestanka prava na invalidsku penziju nije sticanje svojstva osiguranika, već utvrđivanje činjenice nepostojanja invalidnosti, u skladu sa napred navedenim odredbama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju. Takođe, potrebno je ukazati, da se određuje i obavezan kontrolni pregled korisnika invalidske penzije osim kada je to za određene bolesti isključeno odredbom člana 35. Pravilnika o obrazovanju i načinu rada organa veštačenja Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje ("Sl. glasnik RS", 59/08, 75/08, 24/11 i 7/12). Prema navedenoj odredbi kontrolni pregled ne određuje se ni za bolesti koje su utvrđene kao uzroci nesposobnosti za profesionalnu vojnu službu."

Izuzetno od prethodno navedenog pravila, korisniku porodične penzije ne obustavlja se isplata porodične penzije u slučaju kada je ostvario ugovorenu naknadu na mesečnom nivou u iznosu nižem od najniže osnovice u osiguranju zaposlenih, važeće u momentu uplate doprinosa.

Dakle, radno angažovanje korisnika porodične penzije je ograničeno, ali nije apsolutno isključeno.<sup>17</sup>

Članovima 19. i 19a Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju utvrđeno je pravo lica na starosnu penziju. Pravo na prevremenu starosnu penziju utvrđeno je članovima 19b i 19v.

Članom 20. je normirano da osiguraniku koji je na radnim mestima na kojima se staž osiguranja računa sa uvećanim trajanjem navršio najmanje 2/3 od ukupno navršenog staža osiguranja, starosna granica za sticanje prava na starosnu penziju, utvrđena u članu 19. Zakona, snižava se zavisno od stepena uvećanja staža za po jednu godinu.<sup>18</sup>

Za penzionere čiji je radno angažovanje dozvoljeno, rad se može obavljati po osnovu različitih ugovora u zavisnosti od toga o kojoj vrsti penzionera se radi.

Lica koja se nalaze u starosnoj penziji i prevremenoj starosnoj penziji mogu biti radno angažovana po osnovu ugovora o radu, a potom i ugovora kojima se ne zasniva radni odnos (ugovora o privremenim i povremenim poslovima, ugovora o delu...), a koji su regulisani članovima 30–34. i 197–202. Zakona o radu.<sup>19</sup> U tom smislu između njih i lica, koja nisu korisnici penzije ne postoji razlika.

Korisnici porodične penzije mogu biti radno angažovani po osnovu ugovora o delu, ugovora o autorskom delu i ugovora o privremenim i povremenim poslovima uz ograničenje o kome je bilo reči u prethodnom delu rada. Korisnici invalidske penzije, prema našem mišljenju u slučaju radnog angažovanja po bilo kom osnovu mogu dovesti u pitanje pravo na korišćenje invalidske penzije, tj.

---

<sup>17</sup> Tome u prilog govori i Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, br. 011-00-00616/2014-07 od 9.10.2014.

<sup>18</sup> 1) za svakih pet godina provedenih na radnom mestu, odnosno poslu na kome se efektivno provedenih 12 meseci računa u staž osiguranja kao 14 meseci; 2) za svake četiri godine provedene na radnom mestu, odnosno poslu na kome se efektivno provedenih 12 meseci računa u staž osiguranja kao 15 meseci; 3) za svake tri godine provedene na radnom mestu, odnosno poslu na kome se efektivno provedenih 12 meseci računa u staž osiguranja kao 16 meseci; 4) za svaku jednu godinu i šest meseci provedenih na radnom mestu, odnosno poslu na kome se efektivno provedenih 12 meseci računa u staž osiguranja kao 18 meseci. Starosna granica može se snižavati najviše do 55 godina života. Izuzetno, starosna granica za osiguranike koji imaju 2/3 efektivno provedenih na poslovima iz tačke 4) u odnosu na ukupno vreme efektivno provedeno na radnim mestima na kojima se staž osiguranja računa sa uvećanim trajanjem može se snižavati najviše do 50 godina života.

<sup>19</sup> Tome u prilog govori i Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, br. 011-00-00616/2014-07 od 9.10.2014.

može se postaviti pitanje da li su zaista potpuno izgubili radnu sposobnost. Izuzetak su profesionalna vojna lica, koja se u invalidskoj penziji nalaze zbog potpunog gubitka sposobnosti za profesionalnu vojnu službu. Između ostalog profesionalnom vojnom licu može prestati profesionalna vojna služba, ako je na osnovu konačne ocene i mišljenja nadležnog organa zdravstvene službe utvrđeno da je trajno nesposobno za službu u Vojsci Srbije ili da je nesposobno za dužnost za koju je primljeno u službu na određeno vreme.<sup>20</sup> S obzirom da nisu potpuno izgubila radnu sposobnost, kao što smo napomenuli, ona mogu biti angažovana po osnovu ugovora o radu ali i ugovora kojima se ne zasniva radni odnos u meri u kojoj im to preostala radna sposobnost dozvoljava.

Takođe, napomenuli bismo da na osnovu člana 121. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, korisnik starosne penzije ili prevremene starosne penzije koji se zaposli na teritoriji Republike Srbije, odnosno obavlja samostalnu delatnost po osnovu koje je obavezno osiguran, ima pravo po prestanku tog zaposlenja odnosno obavljanja te samostalne delatnosti, na ponovno određivanje penzije ako je bio u osiguranju najmanje godinu dana.

Postoje tvrdnje da olakšano i učestalo radno angažovanje penzionera, kao i pooštavanje uslova za odlazak u penziju dovodi do smanjenja zaposlenosti mladih, tj. da se nastavkom radnog angažovanja penzionera ili ponovnim zapošljavanjem nakon odlaska u penziju onemogućava ulazak mladih na tržište rada.<sup>21</sup> Ovakav zaključak je izveden nakon sprovedenih penzionih reformi u Italiji, Norveškoj, Japanu, Finskoj, Austriji i drugim industrijski razvijenim državama.<sup>22</sup>

Zabrinutost zbog starenja stanovništva i finansijske održivosti stvorili su pritiske na donosioce odluka za povećanjem godina neophodnih za odlazak u penziju, čak i ako se većina građana često tome protivi. Povećavaju se mogućnosti za radno angažovanje starije populacije, a životni vek se produžava i zbog toga lica koje se nalazi u penziji u istoj će biti znatno duže nego što je to bio slučaj prethodnih decenija. Ipak, i dalje je snažan otpor u mnogim zemljama povodom podizanja starosne granice za odlazak u penziju.<sup>23</sup>

Međutim, ne može se izvući nedvosmisleni zaključak da postoji povezanost između povećanja zapošljavanja penzionera i smanjenja zapošljavanja mladih,

<sup>20</sup> Milan Vlatković, Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Službeničko pravo*, Beograd, 2015, str. 278.

<sup>21</sup> Marco Bertoni, Giorgio Brunello, *Does Delayed Retirement Affect Youth Employment? Evidence from Italian Local Labour Markets*, IZA – Institute of Labor Economics, Bonn, Germany, 2017, p. 18–20.

<sup>22</sup> Kevin Cahill, Michael Giandrea, Joseph Quinn, “*Bridge employment*”, *The Oxford Handbook of Retirement*, (ed. Mo Wang), New York, Oxford University Press, 2013, p. 298.

<sup>23</sup> *Pensions at a Glance 2017 OECD and G20 indicators*, Paris, 2017, p. 11.



jer na otežano zapošljavanje mladih utiču i drugi faktori, poput opšteg stanja privrede, njihovih kvalifikacija, podsticajnih mera države. Onda kada se ekonomija konkretne države nalazi u rastu, penzioneri predstavljaju kvalifikovani rezervoar radne snage koji može omogućiti popunjavanje upražnjenih radnih mesta.<sup>24</sup>

Takođe, u mnogim profesijama (posebno u onima koje podrazumevaju mnogo fizičkog rada), zapošljavanje penzionera je svedeno na statističku grešku. Ujedno, nije primećeno da dolazi do smanjenja nezaposlenosti mladih u onim državama gde penzioneri nisu u velikoj meri radno angažovani nakon odlaska u penziju, odnosno gde nisu strogo postavljeni uslovi za odlazak u penziju.<sup>25</sup>

#### UPLATA DOPRINOSA ZA ZDRAVSTVENO OSIGURANJE SHODNO NOVOM ZAKONU O ZDRAVSTVENOM OSIGURANJU

Donošenjem novog Zakona o zdravstvenom osiguranju<sup>26</sup> postavilo se pitanje u pogledu toga da li se korisnicima penzije plaća zdravstveno osiguranje ukoliko su zasnovali radni odnos.

Članom 15. stavom 2. određeno je lice koje ispunjavaju uslov za sticanje svojstva osiguranika na osnovu člana 11. stav 1. tački 1)–12)<sup>27</sup>,

---

<sup>24</sup> Ulrike Fasbender, Mo Wang, Jan-Bennet Voltmer, Jürgen Deller, “The Meaning of Work for Post-retirement Employment Decisions”, *Work, Aging and Retirement*, 2016, Vol. 2, No. 1, p. 13.

<sup>25</sup> René Böheim, *The effect of early retirement schemes on youth employment*, IZA – Institute of Labor Economics, Bonn, Germany, 2014, p. 3–6.

<sup>26</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, “*Sl. glasnik R*”, br. 25/2019.

<sup>27</sup> 1) lica u radnom odnosu u privrednom društvu, drugom pravnom licu, državnom organu, organu jedinice lokalne samouprave i autonomne pokrajine, kao lica u radnom odnosu kod fizičkih lica (u daljem tekstu: zaposleni); 2) civilna lica na službi u Vojsci Srbije, jedinicama Vojске Srbije i ustanovama Vojске Srbije; 3) izabrana, imenovana ili postavljena lica, ako za obavljanje funkcije ostvaruju zaradu, odnosno platu ili naknadu zarade; 4) lica koja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad, obavljaju poslove van prostorija poslodavca; 5) lica koja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad, obavljaju poslove kućnog pomoćnog osoblja; 6) državljani Republike Srbije koji su na teritoriji Republike Srbije zaposleni kod stranih ili međunarodnih organizacija i ustanova, stranih konzularnih ili diplomatskih predstavništava ili su zaposleni kod stranih pravnih ili fizičkih lica, ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno; 7) zaposleni upućeni na rad u inostranstvo, odnosno u privrednom društvu ili drugom pravnom licu koje obavlja delatnost ili usluge u inostranstvu, ako nisu obavezno osigurani po propisima te države ili ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno; 8) zaposleni roditelj, usvojitelj, hranitelj, odnosno staratelj koji odsustvuje sa rada dok dete ne navrši tri godine života, dok mu miruju prava i obaveze po osnovu rada, u skladu sa propisima kojima se uređuje rad; 9) državljani Republike Srbije zaposleni u inostranstvu kod stranog poslodavca koji nemaju zdravstveno osiguranje stranog nosioca zdravstvenog osiguranja ili koji nisu obavezno osigurani prema propisima strane države, odnosno ako prava iz zdravstvenog osiguranja po propisima te države, za sebe ili članove svoje porodice, ne mogu ostvarivati ili koristiti van teritorije te države; 10) stranac koji je zasnovao radni odnos ili je radno angažovan u smislu

tački 17)–20)<sup>28</sup>, kao i tačke 23)<sup>29</sup> novog Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, po više osnova osiguranja, dužno da izabere jedan od osnova osiguranja po kome će biti zdravstveno osigurano, odnosno po kome će ostvarivati prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja.

Starim Zakonom o zdravstvenom osiguranju<sup>30</sup> mogućnost izbora osnova osiguranja bila je predviđena i korisnicima penzije i prava na novčane naknade koji su ova prava ostvarili prema propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju. Dakle, starim Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju bila je predviđena mogućnost penzionerima da biraju između osiguranja na primer po osnovu radnog odnosa (ukoliko su u radnom odnosu) i po osnovu penzije.

Novim Zakonom o zdravstvenom osiguranju ta mogućnost je isključena, tj. doprinos za zdravstveno osiguranje plaća se i po osnovu radnog odnosa kada je penzioner u radnom odnosu, bez obzira na to što je on već zdravstveno osiguran kao penzioner.

Novi Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju stupio je na snagu 11.4.2019. Njegovim članom 266. u prelaznim i završnim odredbama određeno je da osigurana lica koja na dan stupanja na snagu novog Zakona o zdravstvenom osiguranju koriste prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, nastavljaju da koriste ta prava po odredbama zakona koji je važio do dana stupanja na snagu ovog zakona. Takođe, postupci započeti do dana stupanja na snagu novog Zakona o zdravstvenom osiguranju, sprovedeće se po odredbama zakona po kome su započeti.

Iz prelaznih i završnih odredbi novog Zakona o zdravstvenom osiguranju proizilazi da penzioneri koji su radni odnos zasnovali po odredbama starog Za-

---

propisa kojima je uređeno zapošljavanje stranaca u Republici Srbiji, ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno; 11) državljani Republike Srbije zaposleni u domaćinstvima osiguranika koji su u radnom odnosu u inostranstvu kod organizacije čije je sedište na teritoriji Republike Srbije; 12) lica koja ostvaruju pravo na novčanu naknadu po osnovu nezaposlenosti, prema propisima o zapošljavanju.

<sup>28</sup> 17) lica koja su osnivači, odnosno članovi privrednih društava u skladu sa zakonom, koji u njima rade bez zasnivanja radnog odnosa; 18) lica koja su registrovana za obavljanje delatnosti u vidu zanimanja radi samostalnog obavljanja delatnosti i obavljanja delatnosti slobodne profesije (u daljem tekstu: preduzetnici), kao i samostalni umetnici, u skladu sa zakonom; 19) sportisti, koji u skladu sa zakonom kojim se uređuje sport obavljaju sportsku delatnost kao samostalnu delatnost; 20) sveštenici i verski službenici verskih zajednica registrovanih u Republici Srbiji koji te poslove obavljaju kao samostalnu delatnost.

<sup>29</sup> Javni beležnik i javni izvršitelj.

<sup>30</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, "Službeni glasnik RS", br. 107/2005, 109/2005, 57/, 110/2012 – Odluka US RS, 119/2012, 99/2014, 123/2014 126/2014 – Odluka US RS, 106/2015 i 10/2016 – drugi zakon.

kona o zdravstvenom osiguranju i koji su izabrali da budu osigurani po osnovu penzije pa im poslodavac zbog toga ne plaća doprinose za zdravstveno osiguranje ne moraju biti osigurani po osnovu radnog odnosa, tj. da poslodavac ne mora i dalje da im plaća doprinos za obavezno zdravstveno osiguranje. Međutim, Ministarstvo zdravlja<sup>31</sup> je drugačijeg stanovišta i smatra da im se doprinosi za zdravstveno osiguranje moraju plaćati.

Iz obaveze plaćanja zdravstvenog osiguranja za penzionere, koji su u radnom odnosu da se zaključiti da je namera zakonodavca bila da ojača fond zdravstvenog osiguranja po osnovu doprinosa radno angažovanih penzionera, jer je pretpostavka da će se ova vrsta radnog angažovanja u godinama, koje dolaze povećavati, posebno imajući u vidu našu ekonomsku i demografsku situaciju. Prethodno navedeni stav samo dodatno pojačava mišljenje Ministarstva zdravlja u pogledu obaveza plaćanja doprinosa za zdravstveno osiguranje za penzionere koji su radno angažovani pre stupanja na snagu Zakona o zdravstvenom osiguranju.

Dakle, na zaradu, platu ili ugovorenu naknadu koju ostvare radno angažovani penzioneri plaćaju se porezi i doprinosi koji se plaćaju i pri radu lica koja nisu korisnici penzije.

---

<sup>31</sup> Ovakav stav iznet je u Mišljenju br. 011-00-95/2019-05 od 14.5.2019. godine: "U cilju pravilne primene pojedinih odredaba Zakona o zdravstvenom osiguranju ("Sl. glasnik RS", br. 25/2019 – dalje: Zakon) koji je stupio na snagu 11. aprila 2019. godine, obaveštavamo vas sledeće: Članom 15. Zakona uređeno je pitanje prioritarnog osnova osiguranja u slučaju kad osiguranik iz člana 11. Zakona ispunjava uslove za sticanje svojstva osiguranika po više osnova osiguranja, kao i obaveze taksativno nabrojanih kategorija lica koja ispunjavaju uslov za sticanje svojstva osiguranika po više osnova, da izaberu jedan od osnova osiguranja po kome će biti osigurani. Navedenim članom 15. Zakona, penzioneri – osiguranici koji su zasnovali radni odnos nemaju više obavezu da izaberu osnov osiguranja po kome će biti osigurani, već u slučaju zasnivanja radnog odnosa moraju biti osigurani kao zaposleni. Pravilna primena ove odredbe podrazumeva njenu primenu kako na penzionere koji su zasnovali radni odnos pre 11. aprila 2019. godine, a nesporno i na penzionere koji su zasnovali radni odnos od 11. aprila 2019. godine. Napominjemo da osiguranici penzioneri koji su u radnom odnosu, kao i članovi njihovih porodica koji su preko njih osigurani, pravilnom primenom ove odredbe nemaju prekid zdravstvenog osiguranja, već im se samo menja osnov osiguranja. U tom cilju, Republički fond za zdravstveno osiguranje, u saradnji sa Republičkim fondom za penzijsko i invalidsko osiguranje, treba da preduzme neophodne mere i aktivnosti kako bi svi penzioneri u radnom odnosu i članovi njihovih porodica koji su preko njih osigurani, nesmetano mogli i dalje da koriste prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, a u skladu sa Zakonom."

ALEKSANDAR ANTIĆ  
Assistant, Faculty of Law,  
University of Kragujevac

## EMPLOYMENT STATUS OF PENSIONERS IN SERBIA

### Summary

The demographic and economic picture in Serbia has not been at an enviable level in recent years. The demographic situation is also bad in other countries, especially European. Persons in Serbia can be beneficiaries of different pensions, ie. disability, family and old-age pension. Depending on which pension they use, the retirement work engagement is in principle excluded (disability pension), restricted (family pension) or allowed (old-age pension). The employment of old-age pensioners (including those who have earned the right to early retirement pension) is not limited by positive legislation in Serbia. The employment of persons entitled to a disability pension is, in principle, excluded, except in the case of professional military personnel who have lost their professional military service and family pensioners are restricted. One of the most pressing issues regarding retirement work is the payment of health insurance. At the same time, there are allegations of an increase in the retirement limit and the employment of retirees and a decrease in youth employment, which has not yet been determined with certainty.

*Key words:* employment status of the pensioner, termination of employment due to the achievement of working life, employment of the pensioner, retirement health insurance, pension reforms

DRAGANA RADOVANOVIĆ

## POSEBNA ZAŠTITA ZAPOSLENE OMLADINE U REPUBLICI SRBIJI

*Zaposleni mlađi od 18 godina uživaju posebnu zaštitu, zbog mlađe starosne dobi (i nedovršenog razvoja). Ovakva zaštita usmerena je na otklanjanje ili smanjenje na najmanju moguću meru svih rizika kojima su izloženi na radnom mestu i u radnoj okolini, a naročito onih koji su posledica njihove nezrelosti i neiskustva. U tom svetlu implicira zaštitu od rada na određenim poslovima i zaštitu u okviru instituta radnog vremena. Zaštita od rada na određenim poslovima ostvaruje se zabranom rada na poslovima sa povećanim rizikom i onima koji mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njihov život i zdravlje, s obzirom na psihofizičke sposobnosti koje poseduju, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa. Zaštita u okviru instituta radnog vremena tiče se redukovanja punog radnog vremena, zabrane prekovremenog rada i rada u režimu preraspodele radnog vremena, kao i zabrane noćnog rada, ako drugačije nije utvrđeno zakonom.*

*Ključne reči: zaposlena omladina, zaštita od rada na određenim poslovima, radno vreme, noćni i prekovremeni rad, preraspodela radnog vremena*

### U V O D

Posebna zaštita zaposlene omladine i značaj koji ima sagledava se sa humanog, socijalnog i ekonomskog aspekta.

Sa aspekta humanosti, posebna zaštita zaposlene omladine koncipirana je u uverenju da se ova kategorija zaposlenih ne može odvajati od osobina i potre-

---

Dragana Radovanović, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad.

ba konzistentnim uzrastu na kojem se nalazi. Zbog toga, potrebno je konstantno preispitivati i unapređivati uslove rada kako bi ostvarili produktivan i zadovoljavajući radni vek i imali aktivnu ulogu u društvu, koje se kontinuirano razvija na temelju socijalne kohezije i ekonomske održivosti.<sup>1</sup>

Socijalni značaj posebne zaštite zaposlene omladine sagledava se kroz prizmu očuvanja i unapređivanja zdravlja i razvoja ove kategorije zaposlenih i smanjenje broja onih koji se povrede na radu, ili obole od profesionalne bolesti ili bolesti u vezi sa radom, a o kojima brine društvo dok se nalaze u stanju socijalne potrebe. Između ostalog, društvo obezbeđuje i finansira ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu, prava na nadoknadu troškova u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite, prava na novčanu naknadu za telesno oštećenje, prava na novčanu naknadu za negu i pomoć drugog lica, itd. Izdaci nastali u vezi sa ostvarivanjem ovih, ali i ostalih prava, opterećuju fondove socijalnog osiguranja i utiču na visinu sredstava koja se izdvajaju iz budžeta države u ove svrhe, ali i na nacionalni dohodak i životni standard građana. Ekonomske posledice trpe i zaposleni mlađi od 18 godina - za vreme privremene sprečenosti za rad, ne mogu ostvariti uvećanu zaradu za rad na dan praznika koji nije radni dan, niti, po povratku na rad, mogu ostvarivati radni učinak kakav su ostvarivali pre oštećenja zdravlja zbog smanjene produktivnosti, motivacije za rad, itd. Nisu zanemarljive ni ekonomske posledice koje trpi poslodavac – zbog povreda na radu, profesionalnih bolesti ili bolesti u vezi sa radom, on se suočava sa troškovima vezanim za: isplatu naknade zarade u prvih trideset dana privremene sprečenosti za rad; nadoknadu pričinjene štete; angažovanje novih zaposlenih radi zamene privremeno odsutnih; sanaciju posledica havarija, plaćanje kazni zbog neispunjenja ugovornih obaveza; itd. Takođe, povrede na radu, profesionalne bolesti ili bolesti u vezi sa radom podrivaju međuljudske odnose i izazivaju druge negativne pojave na radu, kao što je diskriminacija na osnovu zdravstvenog stanja, što se neposredno odražava na poslovni ugled, produktivnost i konkurentnost poslodavca, a, u krajnjoj liniji, na dugoročne razvojne perspektive.<sup>2</sup>

#### PRAVNI OKVIR POSEBNE ZAŠTITE ZAPOSLENE OMLADINE

Posebna zaštita zaposlene omladine nalazi najšire pravno uporište u Ustavu Republike Srbije. Ovaj opšti pravni akt sa najvišom pravnom snagom jamči omla-

<sup>1</sup> O načelu humanizacije rada videti: Predrag Jovanović, *Radno pravo, Osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, str. 167; Živko Kulić, Slobodanka Perić, *Radno pravo*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 2016, str. 81–82.

<sup>2</sup> Aleksandar Ilić, *Bezbednost i zdravlje na radu*, Granski sindikat "Metalac", Beograd, 2006. str. 10.

dini posebnu zaštitu na radu i posebne uslove rada, u skladu sa zakonom i utvrđuje da “deca mlađa od 15 godina ne mogu biti zaposlena, niti, ako su mlađa od 18 godina, mogu da rade na poslovima štetnim po njihovo zdravlje ili moral”.<sup>3</sup> U tom svetlu Zakon o radu, koji se smatra sistemskim zakonom u oblasti rada, jamči zaposlenoj omladini zaštitu od rada na određenim poslovima i u okviru instituta radnog vremena i zabranjuje diskriminaciju, posrednu i neposrednu, u odnosu na uslove rada i sva prava iz radnog odnosa. Posebna prava, obaveze i mere u vezi sa bezbednošću i zdravljem na radu mladih (naročito u vezi sa njihovim telesnim i duhovnim razvojem) uređena su sistemskim zakonom u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu, a u skladu sa ovim zakonom, i drugim propisima, opštim aktima poslodavca (kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu) i ugovorom o radu. Drugi propisi, opšti akti poslodavca i ugovor o radu mogu obezbediti zaposlenima mlađim od 18 godina viši nivo zaštite u odnosu na zakonom utvrđeni u vidu većih prava i povoljnijih uslova rada od prava i uslova rada zajamčenih zakonom i prava koja nisu zajamčena zakonom, u skladu sa principom *in favorem laboratoris*.<sup>4</sup>

Pravna regulativa o posebnoj zaštiti zaposlene omladine koncepcijski se oslanja na standarde Međunarodne organizacije rada o zaštiti dece i omladine na radu i u vezi s radom. Snažan uticaj na nju imali su standardi inkorporirani u Konvenciji broj 138 o minimalnim godinama starosti za zapošljavanje i Konvenciji broj 182 o zabrani najgorih oblika dečijeg rada i preporukama koje daju smernice za primenu ovih konvencija, Preporuci broj 146 o minimalnim godinama za zasnivanje radnog odnosa i Preporuci broj 191 o zabrani i hitnoj akciji za ukidanje najgorih oblika dečijeg rada. Takav uticaj imali su i relevantni standardi Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije.

#### POSEBNA ZAŠTITA ZAPOSLENE OMLADINE

Posebna zaštita zaposlene omladine svrstava se u posebnu zaštitu *ratione personae*; ovakva zaštita obezbeđena je licima od 15. do 18. godine, s obzirom na mlađu životnu dob (i nedovršeni fizički, mentalni, duhovni, moralni, intelektualni i društveni razvoj), bez obzira na to jesu li zasnovala radni odnos na neodređeno ili određeno vreme, sa punim ili nepunim radnim vremenom, radi obavljanja

---

<sup>3</sup> Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 98/2006, čl. 60, st. 5. i čl. 66. st. 4.

<sup>4</sup> Princip *in favorem laboratoris* ustanovljen je čl. 8. Zakona o radu, a predstavlja jedan od principa na kome se zasniva međusobni odnos zakona, kolektivnih ugovora, pravilnika o radu i ugovora o radu.

poslova u prostorijama poslodavca ili na drugom odgovarajućem mestu koje se nalazi izvan poslodavčevih prostorija.<sup>5</sup>

Posebna zaštita zaposlene omladine ustanovljena je u uverenju da je ovoj kategoriji zaposlenih neophodno obezbediti dodatnu zaštitu kako bi se njihov razvoj nesmetano odvijao i uspešno okonačo, a zdravlje očuvalo i unapredilo. Ovakvo uverenje temelji se na postavci da je opšta zaštita zagarantovana svim zaposlenima, nezavisno od poslova koje obavljaju, starosne dobi ili drugog ličnog svojstva, nedovoljna i neefikasna za zaštitu onih koji su mlađi od 18 godina, jer ne respektuje, u dovoljnoj meri, intenzitet i specifičnost rizika kojima su izloženi na radnom mestu i u radnoj okolini; zbog uzrasta na kojem se nalaze (i nedovršenog razvoja), ne poseduju psihofizičke sposobnosti kakve poseduju odrasli zaposleni (ne mogu pravilno shvatiti događaje i proceniti i usmeriti lične postupke, na primer), niti imaju životno i radno iskustvo i svest o postojećim i mogućim opasnostima i štetnostima, itd. Ne treba prenebregnuti ni činjenicu da, za razliku od odraslih zaposlenih, pokazuju smanjenu pažnju, više se zamaraju, nedovoljno poznaju proces rada, te da su oprema za rad, mašine, uređaji i dizajn radnih mesta prilagođeni potrebama odraslih. Sa druge strane, posebna zaštita koju uživaju respektuje potrebu za obezbeđivanjem njihovog najboljeg mogućeg vaspitanja i obrazovanja i učešća u kulturnim, sportskim i drugim aktivnostima, konzistentnim uzrastu na kojem se nalaze, kako bi uživali koristi koje ono obezbeđuje. Iz tih razloga, egzistira paralelno sa opštom zaštitom, nadopunjuje je i zajedno sa njom čini sveobuhvatni i integrirani sistem zaštite zaposlene omladine.<sup>6</sup>

Posebna zaštita zaposlene omladine mora biti sagledana kroz prizmu zabrane diskriminacije. Ovakva zaštita koncipirana je u duhu velike humanističke ideje o jednakosti ljudskih bića u dostojanstvu i pravima, te je zajamčena svim zaposlenima mlađim od 18 godina, bez obzira na pol, veru, rasu, boju kože ili drugo lično svojstvo. S druge strane, njena primena uzrokuje diferencijalni tretman zaposlenih (na osnovu godina starosti). Takav tretman opravdan je objektivnim razlozima, vezanim za mlađu starosnu dob (i nedovršeni razvoj) zaposlene omladine, i nadahnut potrebom za pružanjem podrške svim ulogama koje ima u savremenom društvu. Iz tog razloga, ne smatra se nepoštovanjem, već premisom principa jednakosti. Istinska jednakost u sferi rada, međutim, može se dostići samo pod uslovom da je posebna zaštita zaista usmerena na pružanje zaštite za-

<sup>5</sup> Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, Podgorica, 2004, 254.

<sup>6</sup> Ljubinka Kovačević, Uroš Novaković, "Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom", *Pravo i privreda*, 4-6/2017, 665-666; Lazar Jovevski, *Zaštita zdravlja i bezbednosti na radu, s posebnim osvrtom na zaštitu ratione personae*, doktorska disertacija, 2012, Beograd, Contract validity and the CISG, <https://www.doiserbia.nb.rs/phd/university.aspx?theseid,15.08.2019>.



poslenoj omladini. Zato, trebalo bi je periodično preispitati kako bi se utvrdilo da li je još uvek potrebna i delotvorna.<sup>7</sup>

Posebna zaštita zaposlene omladine je slojevita i kompleksna i iscrpljuje se u zaštiti zaposlenih mlađih od 18 godina od rada na određenim poslovima i u okviru instituta radnog vremena. Zaštita od rada na određenim poslovima ostvaruje se zabranom rada na poslovima sa povećanim rizikom i onima koji mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njihovo zdravlje i život, s obzirom na psihofizičke sposobnosti koje poseduju, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, a zaštita u okviru instituta radnog vremena zabranom obavljanja rada u trajanju dužem od 35 časova nedeljno i 8 časova dnevno, zabranom prekovremenog rada i rada u režimu preraspodele radnog vremena, kao i zabranom noćnog rada, ako drukčije nije određeno zakonom.<sup>8</sup>

Posebna zaštita zaposlene omladine implicira niz preventivnih mera kojima se oblikuje i konkretizuje u praktičnoj primeni, a rizici za bezbednost, zdravlje i razvoj ove kategorije zaposlenih otklanjaju ili svode na prihvatljiv nivo.

Preventivne mere za bezbedan i zdrav rad zaposlene omladine sporazumno propisuju ministar nadležan za rad i ministar nadležan za zdravlje. Iskustvo je pokazalo da ove mere, ma koliko savršene, ne mogu ostvariti željeni cilj, ako nisu sporazumno propisane od strane ministra nadležnog za rad i ministra nadležnog za zdravlje, imajući u vidu da su poslovi iz njihove nadležnosti komplementarni i usmereni na očuvanje i unapređivanje zdravlja zaposlene omladine i obezbeđivanju njenog najpotpunijeg razvoja. Na to ukazuje i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2015. godine, kada utvrđuje da preventivne mere za bezbedan i zdrav rad mladih (i u njihovim okvirima preventivne mere za bezbedan i zdrav rad zaposlene omladine) sporazumno propisuju ministar nadležan za rad i ministar nadležan za zdravlje. Ovaj zakon nije precizirao na čiju se inicijativu propisuju kako bi nadležni ministri ostvarili saradnju u najširem obimu. Takođe, nije odredio rok u kome moraju biti propisane jer, zbog svog značaja, moraju biti propisane neposredno po njegovom stupanju na snagu. Tako, 2016. godine donet je Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih, zajednički akt ministra nadležnog za rad i ministra nadležnog za zdravlje,

---

<sup>7</sup> Na to ukazuje i Zakon o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017, 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 22. st. 2, kada utvrđuje da se odredbe zakona, opšteg akta i ugovora o radu koje se odnose na posebnu zaštitu i pomoć određenim kategorijama zaposlenih ne smatraju diskriminacijom; Aleksandar Petrović, *Međunarodni standardi rada*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2009, str. 221.

<sup>8</sup> Zakon o radu, čl. 84, čl. 87 i čl. 88.

kojim su propisane preventivne mere za bezbedan i zdrav rad ove kategorije zaposlenih u okviru preventivnih mera za bezbedan i zdrav rad mladih.<sup>9</sup>

Preventivne mere za bezbedan i zdrav rad zaposlene omladine preduzima poslodavac zato što je njegova obaveza da, u javnom interesu, a u ulozi organizatora i koordinatora rada i procesa rada, organizuje poslove bezbednosti i zdravlja na radu i otkloni ili svede na prihvatljiv nivo rizike za bezbednost i zdravlje zaposlene omladine, a naročito one koji su posledica njihove nezrelosti i neiskustva. Iz tih razloga, kao i zbog činjenice da je ekonomski jača strana u radnom odnosu, mora obezbediti finansijska sredstva za implementaciju ovih mera; njihova primena ne može prouzrokovati finansijske obaveze za zaposlene mlađe od 18 godina, ni uticati na materijalni i socijalni položaj koji su stekli na radu i u vezi sa radom. Ali, oni imaju pravo, ali i obavezu, da aktivno učestvuje u implementaciji ovih mera zato što se na njih neposredno odnose; svaki zaposleni mora poštovati propise u oblasti bezbednosti i zaštite zdravlja na radu i obavestiti poslodavca o svakoj vrsti potencijalne opasnosti koja bi mogla uticati na bezbednost i zdravlje na radu, a u slučaju postojanja neposredne opasnosti po život i zdravlje, zbog nepreduzimanja mera zaštite, ima pravo da odbije da radi dok ne budu preduzete.<sup>10</sup> Problemi, međutim, mogu nastati zato što zaposleni mlađi od 18 godina nisu upoznati sa svojim pravima i obavezama u ovoj oblasti, niti, zbog uzrasta na kojem se nalaze, mogu identifikovati i izbeći rizike kojima su izloženi. Ne treba prenebregnuti ni činjenicu da prihvataju nebezbedne uslove rada u želji da se dokažu, ne prave probleme, itd.

### *Zaštita od rada na određenim poslovima*

Zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina od rada na određenim poslovima je slojevita i kompleksna, a ostvaruje se zabranom rada na poslovima sa povećanim rizikom i onima koji mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njihov život i zdravlje, s obzirom na psiho-fizičke sposobnosti koje poseduju, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa.

Zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina od rada na poslovima sa povećanim rizikom je apsolutna; ona nije ničim uslovljena i mora biti primenjena nezavisno od njihove volje i/ili volje poslodavca i nalaza nadležnog zdravstvenog organa, s obzirom na to da rad na takvim poslovima, i pored implementacije od-

<sup>9</sup> Miroslav Miljković, *Komentar Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu*, Poslovni biro, Beograd, 2015, str. 17.

<sup>10</sup> Zakon o radu, čl. 80 st. 2 i 3; Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2005, 91/2015, 113/2017 - dr. zakon, čl. 33. st. 1.

govarajućih mera zaštite, izlaže zaposlene povećanoj opasnosti od povređivanja, profesionalnih ili drugih oboljena.<sup>11</sup> Ovakav povlašćeni tretman zaposlenih mladih od 18 godina ustanovljen je u odnosu na: poslove na kojima se obavlja naročito težak fizički rad, rad pod zemljom, pod vodom, ili na velikoj visini; poslove koji uključuju izlaganje štetnom zračenju, ili sredstvima koja su otrovna, kancerogena, ili uzrokuju nasledna oboljenja, ili rizik po zdravlje zbog hladnoće, toplote, buke ili vibracije; poslove koji izazivaju nasledna genetska oštećenja, ili oštećenja ploda, ili na bilo koji način hronično utiču na ljudski razvoj.<sup>12</sup> Ovi poslovi identifikuju se na osnovu pregleda fizičkih, bioloških i hemijskih štetnosti, štetnih procesa i radova, koji je sastavni deo Pravilnika o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih,<sup>13</sup> i spiska fizičkih i hemijskih štetnosti, opasnih okolnosti i opasnih delatnosti za decu, koja je sastavni deo Uredbe o utvrđivanju opasnog rada za decu.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Ž. Kulić, S. Perić, str. 207; P. Jovanović, str. 292.

<sup>12</sup> Zakon o radu, čl. 84; Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih, *Službeni glasnik RS*, br. 102/2016, čl. 6.

<sup>13</sup> Mladi ne mogu obavljati poslove koji uključuju izlaganje: fizičkim štetnostima, i to jonomizujućem zračenju i povišenom atmosferskom pritisku; biološkim štetnostima, koje su klasifikovane u 3. i 4. rizičnu grupu, u skladu sa Pravilnikom o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad pri izlaganju biološkim štetnostima; hemijskim štetnostima, koje su klasifikovane u skladu sa Pravilnikom o klasifikaciji, pakovanju, obeležavanju i oglašavanju hemikalije i određenog proizvoda u skladu sa Globalno harmonizovanim sistemom za klasifikaciju i obeležavanje Ujedinjenih nacija; supstancama i smešama, koje su klasifikovane u skladu sa Pravilnikom o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad pri izlaganju kancerogenima ili mutagenima; olovu i jedinjenjima olova, ukoliko štetnosti olova i jedinjenja olova ne može apsorbovati ljudski organizam; azbestu (deo I pregleda štetnosti, procesa i radova iz Pravilnika o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih). Oni ne mogu učestvovati ni u radnim procesima u kojima se izlažu hemijskim štetnostima navedenim u prilogu 1 Pravilnika o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad prilikom izlaganja karcinogenima ili mutagenim (deo II pregleda štetnosti, procesa i radova iz Pravilnika o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih). Takođe, ne mogu da: proizvode i rukuju uređajima, pirotehničkim sredstvima i predmetima koji sadrže eksplozive; rukuju opremom za proizvodnju, skladištenje ili primenu sabijenih, tečnih ili rastvorenih gasova; rade na poslovima koji uključuju rizik od rušenja ili visokog električnog napona i onima čiji tempo određuju mašine, a plaćaju se po učinku; obavljaju poslove industrijskog klanja životinja i rade sa divljim ili otrovnim životinjama ili sa buradima, cisternama, bocama i rezervoarima koje sadrže hemijske štetnosti (deo II pregleda štetnosti, procesa i radova iz Pravilnika o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih).

<sup>14</sup> Deca ne mogu da obavljaju poslove koji uključuju izlaganje fizičkim štetnostima, i to: nepovoljnim klimatskim ili mikroklimatskim faktorima (visokoj ili niskoj temperaturi, visokoj vlažnosti, itd); teškim psihičkim i/ili fizičkim naporima (naporima koji zahtevaju energetska potrošnja veću od 20 KJ/min i onima koji nastaju prilikom podizanje tereta do 7 kilograma u jednom zahvatu, ako su mlađa od 15 godina, ili do 10 kilograma u jednom zahvatu, ukoliko su starija od 15 godina, itd.); visokom nivou nejonizujućeg zračenja (ultravioletnom i infracrvenom zračenju iznad

Zaštita zaposlenog mlađeg od 18 godina od rada na poslovima koji mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njegov život i zdravlje, s obzirom na psihofizičke sposobnosti koje poseduje, ima relativni, uslovni karakter i primenjuje se na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da nije sposoban obavljati poslove za koje je zasnovao radni odnos i da ti poslovi mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njegov život i zdravlje. Ovakva zaštita koncipirana je u uverenju da i poslovi koji odrasle ne izlažu povećanoj opasnosti od povređivanja, profesionalnih oboljenja i oboljenja u vezi sa radom, i pored implementacije mera zaštite, mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na život i zdravlje zaposlenog mlađeg od 18 godina, s obzirom na to da, zbog nedovršenog razvoja, ne poseduje psihofizičke sposobnosti kakve poseduju odrasli.<sup>15</sup> Takođe, koncipirana je u uverenju da rizici svojstveni radu ne ugrožavaju podjednakim intenzitetom život i zdravlje svih zaposlenih mlađih od 18 godina, s obzirom na to da su psihofizičke sposobnosti koje poseduju determinisane uzrastom na kojem se nalaze, ali i brojnim genetskim činiocima i činiocima iz okoline. Tako, rad na poslovima, koji odrasle ne izlažu povećanoj opasnosti od povređivanja, profesionalnih ili drugih oboljenja, može biti bezopasan za pojedine zaposlene mlađe od 18 godina, a za pojedine zaposlene mlađe od 18 godine štetan.

Zaposleni mlađi od 18 godina zaštićeni su i od rada na poslovima koji uključuju rizik od povređivanja, ukoliko se može pretpostaviti da oni ne mogu

---

graničnih vrednosti navedenih u Pravilniku za bezbedan rad pri izlaganju veštačkim optičkim zračenjima); buci iznad 85 decibela; vibracijama koje mogu dovesti do oštećenja zdravlja (spisak broj 1 uz Uredbu o utvrđivanju štetnosti za decu). Ona ne mogu obavljati ni poslove koji uključuje izlaganje hemijskim štetnostima i duvanskom dimu (spisak broj 2 uz Uredbu o utvrđivanju opasnog rada za decu). Takođe, ne mogu obavljati rad u okolnostima koje su, za njih, opasne, i to: rad ispod zemlje (rad u rudnicima, na primer), na visini ili u dubini; prekovremeni rad; rad na saobraćajnicama, a ako su mlađa od 15 godina i rad izvan mesta prebivališta; rad u skućenim prostorima, koji uključuje i ulazak u mašine ili kanale; rad sa opasnim mašinama, uređajima ili ostrim predmetima; rad koji zahteva nefiziološki položaj tela (dugotrajno sedenje, klečanje, povijen položaj, itd.) (spisak broj 2 uz Uredbu o utvrđivanju opasnog rada za decu). Ona ne mogu obavljati ni rad u delatnostima, koje su, za njih, opasne, a takvim delatnostima smatraju se: rudarstvo; snabdevanje električnom energijom, gasom, parom i klimatizacija; uslužne delatnosti u gajenju useva i zasada; pomoćne delatnosti u uzgoju životinja; lov, traperstvo i odgovarajuće uslužne delatnosti; ribolov; seča drveća i odgovarajuće uslužne delatnosti u šumarstvu; uklanjanje otpadnih voda; sakupljanje opasnog otpada; tretman i odlaganje otpada, ponovna upotreba materijala, sanacija, rekultivacija i druge usluge u oblasti upravljanja otpadom; zaštitne, istražne i zdravstvene delatnosti; kockanje i klađenje; pogrebne i srodne delatnosti; delatnost nege i održavanja tela; ostale nepomenute lične uslužne delatnosti (spisak broj 3 uz Uredbu o utvrđivanju opasnog rada za decu). Deca mlađa od 15 godina i ona koja se nalaze u procesu stručnog obrazovanja ne mogu da obavljaju i drugi rad koji je, za njih, opasan, a utvrđen je Uredbom o utvrđivanju opasnog rada za decu.

<sup>15</sup> P. Jovanović, str. 292.

prepoznati ili izbeći ovaj rizik zbog nedovoljne pažnje koju posvećuju bezbednosti, nedostatka iskustva ili nedovoljne osposobljenosti za bezbedan i zdrav rad.<sup>16</sup>

Zaštita zaposlenih mladih od 18 godina od rada na određenim poslovima temelji se na proceni rizika, sistematskom evidentiranju mogućih opasnosti i štetnosti na radnom mestu i u radnoj okolini, i donošenju akta o proceni rizika kojim se utvrđuju načini za njihovo sprečavanje, otklanjanje ili svođenje na najmanju moguću meru. Otuda, poslodavac mora izvršiti procenu rizika i doneti akt o proceni rizika pre no što otpočnu sa radom. Ukoliko dođe do promena u obavljanju poslova ili pojave novih opasnosti i štetnosti, njegova je obaveza da ponovo izvrši procenu rizika, a akt o proceni rizika izmeni ili dopuni. Tom prilikom mora voditi računa o: organizaciji rada i njenom prilagođavanju potrebama mladih; prirodni, stepenu i trajanju izloženosti opasnostima i štetnostima; načinu i obimu korišćenja opreme za rad, mašina, uređaja i alata i načinu na koji se njima rukuje; radnim procesima i operacijama i načinu na koji se kombinuju; nivou osposobljenosti mladih za bezbedan i zdrav rad.<sup>17</sup> O rezultatima procene rizika i merama kojima se otklanjaju ili svode na prihvatljiv nivo mora obavestiti zaposlenog mlađeg od 18 godina,<sup>18</sup> imajući u vidu da se neposredno na njega odnose. Činjenica je, međutim, da zaposleni ovog uzrasta ne može pravilno oceniti ozbiljnost identifikovanih rizika i delotvornost mera kojima se otklanjaju ili svode na prihvatljiv nivo.

Iz tog razloga, poslodavac mora obavestiti i zakonskog zastupnika (roditelja, usvojioca ili staraoca) o rezultatima procene rizika i merama kojima se otklanjaju ili svode na prihvatljiv nivo<sup>19</sup> kako bi, u ime svog deteta, usvojenika ili šticećenika, ocenio ozbiljnost identifikovanih rizika i delotvornost mera kojima se otklanjaju ili svode na prihvatljiv nivo. U tom svetlu obaveštavanje zakonskog zastupnika smatra se dodatnim mehanizmom zaštite zaposlenog mlađeg od 18 godina. Dodatnim mehanizmom zaštite smatra se i pisana forma obaveštenja, jer "primorava" poslodavca i zakonskog zastupnika da dobro razmisle o merama za bezbedan i zdrav rad zaposlenog mlađeg od 18 godina i uvide značaj posebne zaštite koju uživa. Takođe, olakšava dokazivanje činjenice da je poslodavac ispunio svoju obavezu, odnosno da su zaposleni mlađi od 18 godina i zakonski zastupnik upoznati sa rezultatima procene rizika i merama kojima se otklanjaju ili svode na prihvatljiv nivo.

---

<sup>16</sup> Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih, čl. 6.

<sup>17</sup> Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih, čl. 3. st. 1.

<sup>18</sup> Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mladih, čl. 4.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina od rada na određenim poslovima temelji se i na lekarskim pregledima kojima moraju biti podvrgnuti kako bi se pratilo njihovo zdravstveno stanje, ukoliko u postupku procene rizika budu identifikovane nove opasnosti i štetnosti.<sup>20</sup> Lekarske preglede mora obezbediti poslodavac o svom trošku, a obaviti nadležni zdravstveni organ, u skladu sa Pravilnikom o prethodnim i periodičnim lekarskim pregledima zaposlenih na radnim mestima s povećanim rizikom. Između ostalog, nadležni zdravstveni organ mora, pažljivo i u skladu sa pravilima profesionalne etike, utvrditi zdravstveno stanje i psihofizičke sposobnosti zaposlenih mlađih od 18 godina, prirodu i težinu poslova koje obavljaju i druge relevantne činjenice na osnovu kojih će, u svom nalogu, oceniti mogu li poslovi koje obavljaju, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njihov život i zdravlje, s obzirom na psihofizičke sposobnosti koje poseduju. Ukoliko oceni da mogu, štetno i sa povećanim rizikom, uticati na njihovo zdravlje i život, moraju biti raspoređeni na druge, alternativne poslove, a ako utvrdi postojanje bilo kakvih zdravstvenih smetnji, moraju biti raspoređeni na druge odgovarajuće poslove, prema preostaloj radnoj sposobnosti. U slučaju da ne prihvate, njihov radni odnos može prestati na inicijativu poslodavca, a, ako takvi poslovi ne postoje, mogu biti proglašeni viškom.<sup>21</sup>

### *Zaštita u vidu redukovanja punog radnog vremena*

Zaštita u vidu redukovanja punog radnog vremena ustanovljena je u uverenju da zaposleni mlađi od 18 godina ne mogu raditi 40 časova nedeljno kako ne bi ugrozili svoju bezbednost, zdravlje ili razvoj. Između ostalog, psihofizički naponi svojstveni radu u tolikom trajanju prevazilaze njihove sposobnosti i mogu rezultirati povredama na radu, ali i uticati na sposobnost praćenja nastave i usvajanja znanja iz nastavnog procesa i ugroziti uživanje koristi koje pruža učešće u kulturnim, sportskim i drugim aktivnostima konzistentnim uzrastu na kojem se nalaze. U svetlu ovih objektivno opravdanih razloga, a na osnovu antropoloških standarda o psihofizičkim sposobnostima zaposlenih mlađih od 18 godina, realnih potreba poslodavaca i etičkih vrednosti društva, sistemski zakon u oblasti rada određuje gornju granicu trajanja punog radnog vremena ove kategorije zaposlenih na nedeljnom i dnevnom nivou, utvrđujući da ne mogu da rade duže od 35 časova nedeljno i 8 časova dnevno. Istovremeno, omogućio je poslodavcu da, u skladu sa principom in favorem laboratoris, utvrdi puno rado vreme zaposlenih mlađih od 18 godina u trajanju kraćem od 35 časova nedeljno i 8 časova dnevno,

<sup>20</sup> Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad mlađih, čl. 3. st. 2.

<sup>21</sup> Zakon o radu, čl. 101 i čl. 102.

ali i da, respektujući prirodu poslova i organizaciju rada, rasporedi nedluno radno vreme na radne dane i radno vreme u toku radnog dana jednako i uravnoteženo ili na drugačiji način i ugovori, odnosno utvrdi istovremeni ili različit početak i završetak rada za sve zaposlene.<sup>22</sup>

Zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina u vidu redukovanja punog radnog vremena nailazi na brojne prepreke u praktičnoj primeni; oni produžavaju ugovoreno (puno) radno vreme u želji za dokazivanjem, ili u straha od otkaza ugovora o radu, ili rade duže od ugovorenog (punog) radnog vremena na zahtev poslodavaca, koji, zloupotrbom ovog modaliteta zaštite, nastoje da izbegnu prekovremeni rad (odraslih) zaposlenih i ostvare veći profit (prekovremeni rad je rad pod otežanim uslovima, zbog čega se dodatno plaća, najmanje 26% od osnovice). Ove prepreke je teško ukloniti, imajući u vidu široko rasprostranjeno mišljenje da će, i pored nekoliko sati dužeg rada, imati dovoljno za obrazovanje, dnevni odmor i aktivnosti u slobodnom vremenu.<sup>23</sup>

Trajanje punog radnog vremena zaposlenih mlađih od 18 godina redukovano je iz objektivno opravdanih razloga vezanim za starosnu dob (i nedovršeni razvoj) ove kategorije zaposlenih. Iz tog razloga, izjednačava se sa punim radnim vremenom integralnog trajanja i omogućava ostvarivanje prava iz radnog odnosa u punom obimu, odnosno u obimu u kojem ova prava ostvaruju (odrasli) zaposleni koji rade 40 časova nedeljno. Otuda, zaposleni mlađi od 18 godina ne mogu zasnovati radni odnos kod drugog poslodavca kako bi ostvarili puno radno vreme u integralnom trajanju. Oni nemaju ni interes za zasnivanjem dvojnog radnog odnosa, s obzirom na to da kraće trajanje (punog) radnog vremena nema uticaja na obim ostvarivanja prava iz radnog odnosa.<sup>24</sup>

Puno radno vreme (redukovano trajanja) zaposlenih mlađih od 18 godina nije skraćeno radno vreme, niti oni mogu raditi sa skraćenim radnim vremenom zato što ne ispunjavaju uslove za rad na radnim mestima na kojima se uvodi. Skraćeno radno vreme, naime, uvodi se na radnim mestima na kojima se obavljaju poslovi sa povećanim rizikom, a na kojima mogu raditi zaposleni koji ispunjavaju i uslove u pogledu zdravstvenog stanja, psihofizičkih sposobnosti i starosne dobi - zaposlenom, koji obavlja naročito teške, naporene i za zdravlje štetne poslove, radno vreme se skraćuje srazmerno štetnom dejstvu uslova rada na njegovo zdravlje i radnu sposobnost, a najviše 10 sati nedeljno. Iz tih razloga, smatra

---

<sup>22</sup> Ž. Kulić, S. Perić, str. 160 i 207; Zakon o radu, čl. 55. st. 2 i st. 5.

<sup>23</sup> Međunarodna organizacija rada, *Prava mlađih u radnom odnosu: vodič i priručnik za instruktore*, Ženeva, 2009, str. 28.

<sup>24</sup> Živko Kulić, Sanja Škorić, *Radno pravo*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2016, str. 227; P. Jovanović, str. 238.

se oblikom posebne zaštite zaposlenih (starijih od 18 godina) od štetnih dejstava uslova rada i izjednačava sa integralnim punim radnim vremenom, odnosno omogućava ostvarivanje prava iz radnog odnosa u punom obimu.<sup>25</sup>

Puno radno vreme (redukovano trajanja) zaposlenih mlađih od 18 godina nije ni nepuno radno vreme, premda ne postoji ni jedan razlog zbog kojeg ne bi mogli da rade sa radnim vremenom u ovom modalitetu. Nepuno radno vreme je radno vreme kraće od punog radnog vremena, koje se uvodi na radnim mestima na kojima se obavljaju poslovi manjeg obima (a ne radi zaštite zaposlenih od štetnih dejstava uslova rada). Iz tog razloga, ne izjednačava se sa punim radnim vremenom u integralnom trajanju i omogućava ostvarivanje prava iz radnog odnosa srazmerno vremenu provodenom radu; zaposleni koji rade na radnim mestima na kojima se uvodi, mogu zasnovati dvojni radni odnos kako bi ostvarili ova prava u punom obimu. Nepuno radno vreme, ali ne kraće od polovine punog radnog vremena, uvodi se i u cilju (novog) zapošljavanja zaposlenih za čijim je radom prestala potreba usled uvođenja tehnoloških, ekonomskih ili organizacionih promena u proces rada i potpunije zaštite zaposlenog koji se stara o osobi oštećenoj dečijom ili cerebralnom paralizom, ili ima neku vrstu plegije, ili drugo teško oboljenje i osobe o kojoj se stara.<sup>26</sup>

### *Zaštita od prekovremenog rada*

Zaposleni mlađi od 18 godina zaštićeni su od prekovremenog rada, a to je rad duži od punog radnog vremena, koji poslodavac može zahtevati od zaposlenih u slučaju više sile i iznenadnog povećanja obima posla i kada je neophodno neplanirani posao završiti u određenom roku. Oni su zaštićeni od takvog rada, s obzirom na to da se obavlja pod otežanim uslovima (po isteku punog radnog vremena) i "suprotstavlja" objektivnim razlozima zbog kojih rade sa redukovanim punim radnim vremenom, a zaštićeni su u apsolutnom smislu. Iz tog razloga, zaštita mora biti primenjena nezavisno od njihove volje i/ili volje poslodavca i nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da prekovremeni rad može štetno uticati na njihovo zdravlje i razvoj.<sup>27</sup>

Zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina od prekovremenog rada trebalo bi da obuhvati i zaštitu od pripravnosti za rad i zaštitu od rada po pozivu, s obzirom na to da pripravnost za rad i rad po pozivu predstavljaju modalitete prekovre-

<sup>25</sup> Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu, Treće izdanje*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, str. 150.

<sup>26</sup> Ž. Kulić, S. Perić, str. 162 i 244.

<sup>27</sup> P. Jovanović, str. 240; Ž. Kulić, S. Perić, 207.



menog rada, koji su, pod plaštom fleksibilnih oblika rada, uvedeni u opšti režim radnih odnosa 2014. godine, kada su stupile na snagu izmene i dopune Zakona o radu. Drugačije rešenje bilo bi inkompatibilno zabrani prekovremenog rada (i objektivnim razlozima zbog kojih rade sa redukovanim punim radnim vremenom), imajući u vidu da bi imali obavezu da, po isteku ugovorenog (punog) radnog vremena, budu u pripravnosti i odazovu se pozivu poslodavca za rad, ako se ukaže potreba. Sa druge strane, deca, a to su lica mlađa od 18 godina, ne mogu biti, formalno ili neformalno, radno angažovana u zdravstvenim ustanovama zato što je njihova delatnost opasna za decu.<sup>28</sup> U tom svetlu, lica mlađa od 18 godina ne mogu zasnovati radni odnos u ovim ustanovama, niti uživati zaštitu od dežurstva koje je poseban oblik prekovremenog rada u njima.

### *Zaštita od preraspodele radnog vremena*

Zaposleni mlađi od 18 godina uživaju zaštitu od preraspodele radnog vremena zato što se ovaj atipični raspored radnog vremena smatra inkompatibilnim objektivnim razlozima zbog kojih rade sa punim radnim vremenom redukovano trajanja, bez obzira na to što će u jednom periodu raditi onoliko duže koliko će u drugom raditi kraće tako da ukupno radno vreme ne bude duže od ugovorenog. Oni su zaštićeni u aposlutnom smislu – dakle, nezavisno od njihove volje i/ili volje poslodavca i nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da takav rad šteti njihovom zdravlju.

### *Zaštita od noćnog rada*

Zaposleni mlađi od 18 godina zaštićeni su od noćnog rada, a to je rad koji se obavlja od 22,00 časa do 6,00 časova narednog dana. Oni su zaštićeni od takvog rada zato što se obavlja pod otežanim uslovima (u vreme koje je predodređeno za spavanje)<sup>29</sup> i može ugroziti njihovu bezbednost, život i zdravlje. Između ostalog, zahteva pojačane psihofizičke napore, koji prevazilaze njihove sposobnosti i mogu rezultirati povredama na radu, ali i uticati na sposobnost praćenja nastave i usvajanja znanja iz nastavnog procesa i ugroziti uživanje koristi koje pruža učešće u kulturnim, sportskim i drugim aktivnostima konzistentnim uzrastu na kojem se nalaze.

---

<sup>28</sup> Zdravstvena delatnost jedna je od delatnosti koja je, za decu, opasna. Na to ukazuje i Uredba o utvrđivanju opasnog rada za decu, *Sl. glasnik RS*, br. 53/2017, odnosno spisak štetnosti, opasnih okolnosti i opasnih delatnosti (za decu), koji je uz nju odštampan i čini njen sastavni deo.

<sup>29</sup> P. Jovanović, str. 242.

Zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina od noćnog rada nije apsolutna, o čemu svedoče zakonom ustanovljeni izuzeci u odnosu na posebnu oblast rada i posebnu situaciju.<sup>30</sup> Zaposleni mlađi od 18 godina mogu da rade noću kada obavljaju poslove u oblasti kulture, sporta i umetnosti i reklamne delatnosti, s obzirom na to da se rad u ovim oblastima smatra lakim, koji, i kada se obavlja noću, nije skopčan sa rizicima kojima nisu dorasli. Takođe, mogu da rade noću kada se rad, koji je prekinut usled više sile, a traje određeno vreme, mora nastaviti i završiti bez odlaganja, ukoliko poslodavac nema na raspolaganju dovoljan broj punoletnih zaposlenih. Ovaj izuzetak primenuje se u svim oblastima rada, a dovodi u vezi sa potrebom da se rad, koji je prekinut usled više sile, nastavi i završi bez odlaganja i predupredi nastanak dodatnih teškoća i troškova sa kojima bi se poslodavac suočio zbog nemogućnosti angažovanja zaposlenih mlađih od 18 godina.

Noćni rad iziskuje dodatnu zaštitu bezbednosti, zdravlja i razvoja zaposlenog mlađeg od 18 godina. Ova zaštita podvodi se pod sistem posebne zaštite, a iscrpljuje u obezbeđivanju nadzora nad njegovim radom od strane punoletnog zaposlenog, koji bi trebalo da ima bogato životno i radno iskustvo. Bilo bi korisno da njegov rad nadzire i predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu, imajući u vidu ulogu koju ima u sprovođenju i unapređivanju bezbednosti i zaštite zdravlja na radu.<sup>31</sup>

Zaposlenom mlađem od 18 godina koji radi noću obezbeđena je i zaštita, koja se ne podvodi pod sistem posebne zaštite, s obzirom na to da je obezbeđena svim zaposlenima kojima je potrebna. Ovakva zaštita iscrpljuje se u obavezi poslodavca da, pre uvođenja noćnog rada, zatraži mišljenje sindikata o merama bezbednosti i zaštite života i zdravlja zaposlenih koji rade noću, a zaposlenom, koji radi noću najmanje tri časa svakog radnog dana ili trećinu punog radnog vremena u toku radne nedelje, obezbedi obavljanje poslova u toku dana, ako bi takav rad mogao pogoršati njegovo zdravstveno stanje, na osnovu nalaza zdravstvenog organa. Ukoliko se rad, organizovan u smenama, obavlja u vremenu od 22,00 časa do 6,00 časova narednog dana, mora obezbediti izmenu smena tako da zaposleni ne radi noću duže od jedne radne nedelje neprekidno. Ovo pravilo nije apsolutno zato što zaposleni može neprekidno raditi noću duže od jedne radne nedelje, uz svoju pisanu saglasnost.<sup>32</sup> Ali, tada mora obazrivo postupiti i zatražiti mišljenje nadležnog zdravstvenog organa o štetnom uticaju noćnog rada na zdravlje zaposlenog (mlađeg od 18 godina), jer, iz finansijskih razloga, može pri-

<sup>30</sup> Zakon o radu, čl. 88. st. 2.

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> Zakon o radu, čl. 62, čl. 63. st. 3 i st. 4.

stati da radi noću i kada takav rad, uprkos implementaciji odgovarajućih mera zaštite, ne može podneti bez štete za zdravlje.<sup>33</sup>

## ZAKLJUČAK

Posebna zaštita zaposlenih mlađih od 18 godina je od suštinskog značaja za očuvanje i unapređivanje njihovog zdravlja i razvoja. Činjenica je, međutim, da u praktičnoj primeni nailazi na brojne probleme i prepreke. Zbog toga, potrebno je raditi na njihovom uklanjanju i preduzimati proaktivnije mere, kao što su organizovanje kampnji i tribina u cilju podizanja nivoa svesti o značaju bezbednosti i zaštite zdravlja zaposlene omladine, davanje publiciteta dobrim praksama, obezbeđivanje poreskih olakšica poslodavcima koji dosledno primenjuju zakone, druge propise i opšte akte u ovoj oblasti, itd. Posebna pažnja mora biti posvećena suzbijanju rada na crno lica mlađih od 18 godina zato što ne uživaju ni minimum zaštite u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, što može imati višestruke negativne implikacije po njihovo zdravlje i razvoj. Takođe, moraju se činiti intenzivni naponi u cilju unapređivanja inspekcijiskog nadzora nad primenom zakona, drugih propisa i opštih akata u oblasti posebne zaštite zaposlene omladine, imajući u vidu preventivna, korektivna i represivna ovlašćenja inspektora rada u ovoj oblasti.

DRAGANA RADOVANOVIĆ, Ph.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law for  
Commerce and Judiciary,  
University Business Academy, Novi Sad

## YOUTH EMPLOYMENT PROTECTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

### Summary

Young employees under 18 are entitled to special protection regulations, due to their younger age (as well as incomplete personal development). Such protection measures are directed towards removing or minimizing any risks they might be exposed to in a work place or area, especially those resulting from their physical and psychological development. In this light, it implies protection from work in certain jobs and protection within the institution of working time. Protection from

---

<sup>33</sup> Poslodavac mora postupiti ovako i kada zaposleni, koji ne uživa posebnu zaštitu od noćnog rada, prihvati neprekidan rad u trećoj smeni duže od jedne radne nedelje. Z. Ivošević, M. Ivošević, 171.

work in certain jobs is achieved by prohibiting work in high-risk jobs and those that can, harmful and at increased risk, affect their life and health, given the psychophysical abilities they possess, based on the findings of the competent health authority. Protection within the institute of working time concerns the reduction of full-time work, the ban overtime and work in the regime of redistribution of working hours, as well as the prohibition of night work, unless otherwise provided by law.

*Key words:* youth employment, occupational safety, working hours, working at night or overtime, distribution of working hours

VERA BAKIĆ

## ZAŠTITA SLOBODE VEROISPOVESTI NA MESTU RADA

*U središtu rada je analiza poštovanja slobode veroispovesti i pokušaja pozicioniranja ove slobode u okviru radnog prava, radi obezbeđivanja potpunijeg uživanja ljudskih prava na mestu rada i zaštite dostojanstva zaposlenih. Polazna osnova za razmatranje predmetne teme jeste značaj verskog identiteta u radnopravnom domenu, pri čemu se posebno ukazuje na verske i duhovne potrebe zaposlenih i na nužnost implementacije moralnog i religijskog dikursa u oblasti rada i zapošljavanja radi usklađivanja verskih sloboda sa drugim relevantnim pravima i uslovima na mestu rada. Kakav je radnopravni položaj zaposlenih, pripadnika druge religije u odnosu na većinski zastupljenu, koje manifestacije religijskih ubeđenja treba normirati i zaštititi, samo su neka od pitanja koja zauzimaju značajno mesto u savremenom radnom pravu.*

*Ključne reči: sloboda veroispovesti zaposlenih, diskriminacija, religiozna obeležja, odsustvo sa rada, sudska praksa*

### U V O D

Svako ljudsko biće ima pravo na individualna i slobodna verska uverenja. Veroispovest kao lično svojstvo zaposlenih i pravljenje razlike na radu na osnovu ovog obeležja ubrajaju se u red pitanja koja zauzimaju značajno interesovanje pravne stručne i naučne javnosti. Poimanje pravnog, ali i društvenog položaja zaposlenih, pripadnika različitih veroispovesti, ne treba da bude predmet samo teorijskog ispitivanja već i praktičnog unapređenja u tretmanu ljudskih prava na me-

---

Vera Bakić, master prava, Zastupnik JP "Putevi Srbije".

stu rada. Postoji pogrešno ubedenje da je postojanje verske tolerancije i pružanje mogućnosti da se slobodno iskažu verska i filozofska ubedenja nešto što se podrazumeva, te sledstveno tome, zakonska regulativa povodom poštovanja veroispovesti na radu i zaštite od diskriminacije po ovom osnovu je nedovoljno razvijena. Predmet ovog rada je analiza slobode iskazivanja veroispovesti i nastojanje da se ova sloboda smesti u kontekst rada i zapošljavanja, jer se na taj način ostvaruje postulat da zaposleni zadržava svoja građanska prava odnosno slobode i na radnom mestu, pa u skladu sa tim i slobodu veroispovesti, tako da je osnovni zadatak države da spreči poslodavce da vrše različite oblike diskriminacije na osnovu verskih ubedenja. Razmatranje slobode veroispovesti, njene sadržine, pojavnih oblika i manifestovanja u radnoj sredini ima veliki značaj na sagledavanje poslodavčeve mogućnosti da ulazi u domen verskih sloboda zaposlenih i njihove zaštite. U katalogu ljudskih prava i sloboda, sloboda veroispovesti kao lična sloboda i pravo pripada prvoj generaciji ljudskih prava te, kao takva, može biti podvrgnuta samo onim ograničenjima koja su propisani Ustavom, zakonom i ratifikovanim međunarodnim dokumentima, a neophodna u demokratskom društvu radi zaštite javne bezbednosti, javnog reda, morala i zaštite slobode i prava drugih.<sup>1</sup> Mogućnost uživanja verskih ubedenja na radnom mestu predstavlja emanaciju ustavnog prava na slobodu veroispovesti, koja se ostvaruje po sopstvenoj volji i ubedenju, na principu dobrovoljnosti, uz uvažavanje obaveza i radnih zadataka.<sup>2</sup>

#### ULOGA I ZNAČAJ SLOBODE VEROISPOVESTI NA MESTU RADA

Sloboda veroispovesti obuhvata: slobodu da se ima ili nema<sup>3</sup>, zadrži ili promeni veroispovest ili versko uverenje, odnosno slobodu verovanja, slobodu ispoljavanja vere u Boga; slobodu da se pojedinačno ili u zajednici sa drugima, javno ili privatno, ispoljava verovanje ili versko uverenje učestvovanjem u bogoslužjenju i obavljanjem verskih obreda, verskom poukom i nastavom, negovanjem i razvijanjem verske tradicije; slobodu da se razvija i unapređuje verska prosveta i kul-

<sup>1</sup> Zakon o crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2006 čl. 3 Budući da radnici dugo vremena provode zajedno na mestu rada, prirodno je da imaju tendenciju da razmenjuju ideje o raznim temama koje smatraju važnim, tako da je religiozni izraz očekivana posledica diskusije o raznim pitanjima između zaposlenih. Thomas C. Berg, "Religious Speech in the Workplace: Harassment or protected Speech?" *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2, 1999, str. 959.

<sup>2</sup> Sloboda veroispovesti predstavlja posebnu slobodu, ali je istovremeno značajna komponenta ostalih sloboda i prava poput slobode izražavanja i prava na privatnost.

<sup>3</sup> To podrazumeva i zaštitu negativnog aspekta verske slobode, odnosno pravo zaposlenog na neizjašnjavanje o verskom opredeljenju.

tura.<sup>4</sup> Ostvarivanje i zaštita svake slobode nužno podrazumeva bolje poznavanje njenih pojava i bližih svojstava. Navedena definicija podražava zaključak da je sloboda veroispovesti kompleksna, te da su dimenzije slobode veroispovesti široko, dvojako postavljene kroz *forum internum* i *forum externum*.<sup>5</sup> U *forum externum* slobode veroispovesti ubrajamo vršenje bogoslužbenih delatnosti i ostalih verskih obreda, stil odevanja, poseban režim ishrane<sup>6</sup> i (ne)mogućnost obavljanja pojedinih radnih zadataka. Uživanje slobode veroispovesti na radnom mestu doprinosi inteziviranju duhovnih i moralnih vrednosti, utiče na oblikovanje ličnosti zaposlenog, na njegovu svest o ozbiljnosti, težini i odgovornosti radnih zadataka i njihovo savesno obavljanje. Kod pojedinih delatnosti, ova sloboda omogućuje zaposlenima da zavisno od prirode posla, odbiju izvršavanje određenog radnog zadatka ako je u koliziji sa osnovnim postulatima koje propoveda njegova religija. Kada je reč o nemogućnosti obavljanja radnih zadataka iz konfesionalnih razloga, s tim u vezi se nameće pitanje potrebe odnosno obaveze poslodavaca da usklade vrstu, obim i prirodu radnih zadataka, kao i uslove rada sa verskim ubeđenjima zaposlenih.<sup>7</sup> Da bi se obezbedilo valjano i opravdano zadovoljenje interesa obe strane, neophodno je da se uzme u obzir, između ostalog, vr-

---

<sup>4</sup> Zakon o crkvama i verskim zajednicama, član 1, st. 2.

<sup>5</sup> U nauci vlada mišljenje da je religija uzvišena vrednost, za koju nije opravdano davanje jednoobrazne definicije u svrhe pravnog poretka, kao i da postoje različite vrste verskog i duhovnog izražavanja poput verovanja bez pripadanja, pripadanja bez verovanja, niti verovanja niti pripadanja.

<sup>6</sup> Ukoliko je obezbeđena ishrana u toku radnog vremena, postavlja se pitanje da li su poslodavci dužni da obezbede režim ishrane koji je u skladu sa religijskim normama zaposlenih? Članom 17 Temelnog ugovora između Crne Gore i Svete stolice, članom 18 Ugovora o uređenju odnosa od zajedničkog interesa između Vlade Crne Gore i Islamske zajednice u Crnoj Gori i članom 16 Ugovora o uređenju odnosa od zajedničkog interesa između Vlade Crne Gore i Jevrejske zajednice u Crnoj Gori predviđeno je i pripremanje posebne ishrane za vernike jevrejske i islamske verske zajednice koji su pripadnici policijskih snaga Crne Gore.

<sup>7</sup> U italijanskom pravu, sudovi su se u dosadašnjoj praksi suočavali sa situacijama u kojima je najčešće medicinsko osoblje, odbijalo da bude uključeno u glavne faze procedure abortusa, primene tehnika za biomedicinski potpomognuto oplodjenje, ili izvršavanja medicinskih intervencija, koja su podrazumevala transfuziju krvi, uz pozivanje na prigovor savesti ili verskog uverenja. Miguel Rodriguez Blanco, *Law and Religion in the Workplace*, Granada, 2016, str. 176. U vezi sa navedenim prigovorom savesti, problem, međutim može biti u komutativnosti ugovora o radu i činjenici da su prilikom zaključenja ugovora zaposleni bili upoznati sa opisom posla i radnim zadacima, i kao takve ih prihvatili. U praksi se još postavilo sledeće pitanje: kakve posledice može imati odbijanje zaposlenih da prihvate određeni posao ili izvršenje radnog zadatka, iz konfesionalnih razloga, na ostvarivanje prava vezanih za Nacionalnu službu za zapošljavanje, imajući u vidu činjenicu da Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti propisuje brisanje sa evidencije Nacionalne službe za zapošljavanje licu koje odbije ponuđeno zaposlenje u okviru mera zapošljavanja koje sprovodi NSZ. Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, *Službeni glasnik*, br. 36/2009 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – dr. zakon, čl. 87, st. 1, tač. 3.

sta i priroda delatnosti zaposlenog, radno mesto na koje je zaposleni raspoređen, kognentni karakter religijske norme i sl.

#### MODALITET I OBIM ZAŠTITE ZAPOSLENIH PRIPADNIKA RAZLIČITIH KONFESIJA

Socijalni, ekonomski i politički faktori su doprineli povezanosti slobode veroispovesti i prava na rad. Problematika u vezi sa aktivnim iskazivanjem veroispovesti najčešće nastupa u društvima u kojima koegzistira nekoliko vera, usled migriranja stanovništva.<sup>8</sup> Migracija radne snage nametnula je državama (emigracionim, imigracionim, i tranzitnim) zadatak da preduzmu mere koje su neophodne da zaposleni, pripadnici različitih veroispovesti uživaju jednak tretman u oblasti rada i zapošljavanja u odnosu na pripadnike dominantno zastupljene religije. Pojava radnika migranata i uvećanje njihovog broja dodatno je aktiviralo potrebu da se ozbiljnije pristupi normiranju slobode veroispovesti na radu i zaštiti od diskriminacije po osnovu različite verske, običajne i kulturne tradicije. U takvim društvenim prilikama, činioци koji uslovljavaju poštovanje veroispovesti u privatnom i profesionalnom domenu su mnogobrojni, a njihova priroda je kompleksna. U najvažnije ubrajamo dostojanstvo, jednakost na radu, privatnost, sigurnost zaposlenja, običaje, moral i etiku.<sup>9</sup>

Sigurnost zaposlenja je osnovna tekovina i fundamentalna vrednost svake pravne države. Radni odnos je pravni odnos zasnovan ugovorom o radu (u opštem režimu radnih odnosa) u kojem zaposleni dobrovoljno (shodno načelu autonomije volje) stavlja na raspolaganje svoju radnu sposobnost vršeći radne nagode u ime i za račun poslodavca, na radnom mestu i prema unapred utvrđenom rasporedu, a sve radi obezbeđivanja isključivih ili pretežnih sredstava za sopstveno izdržavanje. Kako pravo na rad nije apsolutno i bezuslovno pravo pojedinca da dobije zaposlenje, jer finansijski kapaciteti društva ne pružaju mogućnost da se obezbedi posao svakom radnosposobnom licu koje je sposobno i voljno da radi, neretko zaposleni pristaju da se u izvesnoj meri njihova autonomija volje ograniči. Legislativna metodologija i socijalna politika u oblasti rada i zapošljavanja bi trebalo da bude posvećena normiranju i zaštiti verskih sloboda zaposlenih, ima-

<sup>8</sup> Međunarodne migracije stanovništva su pojava, koja se u pravom smislu reči, vezuje za nastanak kapitalizma. Značaj radne snage za razvoj društva zapažen je još u merkantilističkoj fazi kapitalizma. Borivoje Šunderić, *Pravo međunarodne organizacije rada*, Beograd, 2001, str. 276.

<sup>9</sup> Ustavno garantovanje prava na dostojanstvo predstavlja apstraktni način zaštite slobode veroispovesti zaposlenih. Ljubinka Kovačević, "Ispoljavanje vere ili uverenja na mestu rada – ključni radnopravni aspekti", *Religija, politika, pravo* (ur. Jovan Ćirić, Velibor Džomić, Mirosljub Jevtić), Beograd, 2015, str. 317.



jući u vidu njenu kompleksnost.<sup>10</sup> Zakonska politika države u radnopravnoj sferi mora da bude osnov za stvaranje jednog opšteg normativnog okvira u cilju obezbeđivanja jednakog postupanja u zapošljavanju i zanimanju. Samo na taj način se pruža potvrda o stepenu razvijenosti poštovanja ljudskih prava na mestu rada. Kod svakog poslodavca mora postojati tolerancija i jednakost u postupanju kada su u pitanju zaposleni ili kandidati za zaposlenje, pripadnici različitih konfesija. Pitanje slobode veroispovesti u okvirima radnog prava postalo je naročito važno

<sup>10</sup> Ključni instrumenti u Republici Srbiji, kojima se obezbeđuje zaštita slobode veroispovesti (na mestu rada) su Ustav Republike Srbije, Zakon o radu, Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o crkvama i verskim zajednicama, Zakon o državljanima i drugim praznicima, Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina i sl., kao i međunarodna normativa. Ustavom Republike Srbije zabranjuje se svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito na osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti, psihičkog ili fizičkog invaliditeta. Nomotehnički posmatrano, o tome koliki je značaj zaštite od (verske) diskriminacije na radu, svedoči i činjenica da su u Zakonu o radu odredbe kojima se zabranjuje diskriminacija zaposlenih i kandidata za zaposlenje integrisane u poseban naslov "Zabrana diskriminacije". Članom 18 Zakona o radu zabranjuje se neposredna i posredna diskriminacija lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih, s obzirom na pol, rođenje, jezik, rasu, boju kože, starost, trudnoću, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalnu pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo. Zakon o zabrani diskriminacije, po prvi put, napravio je distinkciju i odredio pojam neposredne i posredne diskriminacije, što može biti od značaja za prepoznavanje diskriminatornog postupanja iz verskih razloga. Zakon o crkvama i verskim zajednicama jemči pravo na slobodu savesti i veroispovesti svih građana Republike Srbije. Naročito se ističe da nijedan građanin Republike Srbije ne može biti uznemiravan, diskriminisan ili privilegovan zbog svojih verskih uverenja, pripadanja ili nepripadanja verskoj zajednici, učestvovanja ili neučestvovanja u bogoslužjenju i verskim obredima i korišćenja ili nekorišćenja zajemčenih verskih sloboda i prava. Na međunarodnom planu od značaja su sledeći akti: U okviru međunarodnog radnog prava to je Konvencija međunarodne organizacije rada br. 111 koja predviđa da je diskriminacija svako razlikovanje, isključivanje ili davanje prednosti koje se zasniva na rasi, boji kože, poslu, veroispovesti, političkom opredeljenju, nacionalnom ili socijalnom poreklu, koje ima za posledicu da se ukida ili narušava jednakost mogućnosti ili postupanja u materiji zapošljavanja ili zanimanja. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda definiše slobodu veroispovesti kao osnovno ljudsko pravo. Svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti; ovo pravo uključuje slobodu promene vere ili uverenja i slobodu čoveka da, bilo sam ili zajedno s drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, propovedi, običajima i obredom. Međutim, ovo pravo nije apsolutnog karaktera jer mogućnost ispovedanja vere ili ubeđenja može biti podvrgnuta onim ograničenjima koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu javne bezbednosti, radi zaštite javnog reda, zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Iz navedenog proizlazi da ograničenju ovog prava podleže samo eksterni aspekt, odnosno mogućnost aktivnog ispoljavanja verske slobode. Kada je reč o evropskoj komunitarnoj legislativi, od značaja su sledeći akti: Evropska direktiva o jednakosti prilikom zapošljavanja i Evropska direktiva o rasnoj i etničkoj jednakosti.

kako u uslovima pomenute migracije i globalizacije, tako i u uslovima visoke stope nezaposlenosti, u kojima selekcija kandidata za zaposlenje premašuje granice morala i dostojanstva. Informacije o zaposlenima predstavljaju profitabilan organizacioni resurs koji doprinosi smanjenju rizika u poslovanju<sup>11</sup> i neretko utiču na poslovne odluke poslodavaca o postavljanju uslova za zaposlenje i izboru kandidata za prijem u radni odnos, obrazovanju zaposlenih, stručnom osposobljavanju i usavršavanju, napredovanju na poslu i otkazivanju ugovora o radu.<sup>12</sup> Posebno se naglašava potencijalni uticaj koji pripadnost određenoj religiji može imati na zasnivanje radnog odnosa, s obzirom da je neretko to jedan od nedozvoljenih kriterijuma na osnovu kojih se vrši razlika i utvrđuje podobnost kandidata za zaposlenje, a naše domaće pravo još uvek nema razvijen efikasan mehanizam kojim se pruža zaštita od diskriminacije. Međutim kod pojedinih delatnosti, pri selekciji kandidata za zaposlenje, veroispovest kao lično svojstvo, može se smatrati nužnim, stvarnim i objektivnim uslovom, koji predstavlja bitan element u zasnivanju radnog odnosa, ako je predmetno zanimanje odnosno profesionalni zahtev u direktnoj vezi sa ispoljavanjem religije ili uverenja.<sup>13</sup> Pravo na postavljanje ovog uslova pripada ustanovama (verske zajednice, crkvene fondacije, bolnice, škole, humanitarne organizacije), koje imaju izvestan stepen autonomije u oblasti radnih odnosa, čije je funkcionisanje zasnovano na primeni moralnih i religijskih koncepata.

#### PRILAGOĐAVANJE I SMEŠTANJE VERSKIH ZAHTEVA ZAPOSLENIH U KONTEKST RADNIH PROCESA I PROIZVODNIH POTREBA

Savremeni uslovi poslovanja, fleksibilizacija na tržištu rada (radnog mesta i radnog vremena), globalna konkurencija, razvoj tehničko-tehnoloških inovacija kao i korporativna strategija doprineli su da zaposleni vrednost, podršku, saveznost i poštovanje autoriteta, koji imaju svoje utemeljenje u religiji, ispoljavaju ne samo kod kuće, u intimnoj, privatnoj sferi, već i na mestu rada. Ovo stoga što se sociologija religije zasniva na pretpostavci da mogućnost uživanja verskih ubeđenja na mestu rada utiče na kvalitet i način izvršavanja radnih zadataka. Značaj religije u sferi rada i socijalne politike je veliki, budući da religija upućuje na nehu-

<sup>11</sup> Vera Bakić, Ranko Sovilj, "Nadzorna ovlašćenja poslodavaca u savremenim uslovima rada – analiza slučaja i mogući vidovi rešavanja radnih sporova", *Pravo i privreda*, br. 1–3, Beograd, 2018, str. 2.

<sup>12</sup> Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2003, 75/2014, 13/2017 – odluka US. 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje, čl. 20

<sup>13</sup> B. Lubarda, *Uvod u Radno pravo*, Beograd, 2014, str. 101.

manost i bezličnost tržišnih mehanizama, afirmiše prava podređenih i ukazuje na nejednakost u raspodeli dobara.<sup>14</sup> Produktivnost savremenog poslovanja ne može da se postigne bez racionalnog sagledavanja potreba zaposlenih, jer ljudske resurse treba posmatrati ne samo kao trošak i instrument u procesu stvaranja profita, već i kao investiciju koja može doprineti njegovoj maksimizaciji.<sup>15</sup> Uvažavanje religijskih i duhovnih potreba zaposlenih na mestu rada zauzima značajno mesto u savremenom radnom pravu. Religija kao carstvo nauke, verovanja, obožavanja, simbola i obreda, budući da stvara osećaj transcendentnog i svetog, neodvojiva je od sveta rada i ekonomije.<sup>16</sup> Ekonomska etika modernog rada oduvek je bila pod jakim uticajem religije.<sup>17</sup> Interakcija između verskog morala i radne etike<sup>18</sup> podrazumeva uravnoteženje i praktično usklađivanje konkurentskih prava i interesa. Ova činjenica pomaže suprotstavljanju redukcionističkog razumevanja čoveka kao "profitnog centra".<sup>19</sup> Stoga treba obezbediti normativno garantovanje individualnog verskog izbora, budući da se zaposleni u savremenim uslovima rada suočavaju sa "tragičnim izborom" između identiteta odnosno svesti, sa jedne strane i posla odnosno sredstava za život, sa druge strane.<sup>20</sup> Naime, mogućnost zaposlenih da uživaju slobodu veroispovesti na radnom mestu predstavlja svojevrsno odstupanje od savremenog poslovnog modaliteta u kojem je prioritet maksimizacija profita uz minimalne troškove poslovanja odnosno ostvarivanje dominantne tržišne pozicije u uslovima globalne konkurencije. Razmatranje mogućnosti da zaposleni ispoljavaju verska ubeđenja na radnom mestu, rezultat je stava da se u radnom odnosu zaposleni ne posmatra samo kao nosilac radne snage, već se uzimaju u obzir njegova autonomija ličnosti, moralna i etička svojstva, verske i duhovne potrebe i njegovo dostojanstvo kao estetska kategorija (vrednost) – lepota

---

<sup>14</sup> José Casanova, *Public Religions in the Modern World*, Chicago, 1994, str. 228.

<sup>15</sup> Vera Bakić, "Aneks ugovora o radu kao izraz upravljačke vlasti i slobode preduzetništva poslodavca", *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2019, str. 9. Jedan od fundamentalnih principa na kome počiva Filadelfijska deklaracija glasi: "Rad nije roba", čime se potvrđuje da sva ljudska bića bez obzira na rasu, veroispovest ili pol, imaju prava na materijalno blagostanje, duhovni razvoj u slobodi i dostojanstvu, u ekonomskoj sigurnosti i sa jednakim mogućnostima.

<sup>16</sup> M. Rodríguez, str. 8.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 35.

<sup>18</sup> Benito Arruñada, Matthias Krapf, "Religion and the European Union", *Economic Working Paper Series. Working Paper*, No. 1601, Barselona, 2018, str. 297.

<sup>19</sup> Thomas C. Kohler, "Religion in the workplace: faith, action and the religious foundations of american employment law", *Chicago-Kent Law Review*. No. 975, 2008, str. 977.

<sup>20</sup> Chandler Matthew, "Moral Mandate of Personal Preference? Possible Avenues for Accommodation of Civil Servants Morally Oposed to Facilitating Same Sex Marriage", *BYU Law Review*, No. 5, Brigham, 2011, str. 1625.

ljudske ličnosti.<sup>21</sup> Problematiku, međutim, predstavlja pronalaženje odgovarajućeg rešenja da se sa jedne strane obezbedi uživanje verskih sloboda na mestu rada uz primenu principa o jednakom postupanju i zabrani diskriminacije i, sa druge strane, produktivnost, kontinuitet i racionalizacija troškova u poslovanju poslodavca. To znači da je imperativ u uspostavljanju ravnoteže između ekonomskih prilika sa jedne strane i zahteva društva sa druge strane. Naime, ideja o jednakosti ljudi, uživanju istih prava i jednakosti u tretmanu je osnovna tekovina savremenog društva, iako je tokom istorije menjala svoje značenje i poziciju, te ostala primarni cilj odgovarajućih državnih zaštitnih mehanizama. Jedan od tih zaštitnih mehanizama je *načelo zabrane diskriminacije jer se* zabrana diskriminacije uzima kao najdelotvorniji vid zaštite slobode veroispovesti na mestu rada, budući da se veroispovest javlja kao jedan od učestalih prediktora diskriminacije na radnom mestu.

#### VIDLJIVA VERSKA OBELEŽJA ZAPOSLENIH

Za razliku od informacija privatnog karaktera, a koje se tiču pola i rasne pripadnosti, koje su poslodavcima dostupne i vidljive i bez da ih zaposleni saopšti, informacije o verskoj pripadnosti *prima facie* nisu poslodavcima dostupne, osim ako ih zaposleno lice ne upozna sa istim.<sup>22</sup> Sloboda ispoljavanja veroispovesti ogleđa se i u potrebi ispoljavanja vidljivih verskih obeležja, odnosno oznaka na licu i telu. Prema tome, pripadnost određenoj konfesiji može se ustanoviti na osnovu vidljivih obeležja koja su imanentna pojedinim religijama. U ta vidljiva pojavna obeležja ubrajamo lični izgled čiji sastavni deo predstavlja specifičan stil odevanja (odeća, obuća), specifične oznake koje su najčešće vidljive na čelu žena koje pripadaju hinduističkoj veri.<sup>23</sup>

Kada je reč o stilu odevanja, pokrivanje lica i tela žena, posebno potpuno prekrivanje burkom ili nikabom, često se doživljava kao simbol pokornosti žena muškarcima, ograničavajući ulogu žene u društvu, ograničavajući njihov profesionalni život i ometajući njihove društvene i ekonomske aktivnosti. Odnosno odevanje ne predstavlja versku obavezu koju islam propoveda, već je odraz društvene i kulturne tradicije. Evropski sud za ljudska prava se u svojoj dugogodišnjoj praksi u nekoliko slučajeva bavio pitanjem poslodavčeve mogućnosti da zabrani vidljiva

<sup>21</sup> B. Lubarda, "Evropsko radno pravo", Podgorica, 2004, str. 264.

<sup>22</sup> M. Rodríguez, str. 127.

<sup>23</sup> Oznake na licu mogu biti odraz etničke, spiritističke, statusne ili religiozne identifikacije. Većina religioznih Indijaca, posebno udate žene nose tačku, tilak ili potu na čelu, koji stvara osećaj svetosti kod onog ko je nosi kao i kod onih koji je posmatraju. Znači li šta znači crvena tačka na čelu kod Indijki?, <https://www.espreso.rs/svet/planeta/331161>, 14.09.2019.

verska obeležja.<sup>24</sup> Dana 14. marta 2017. godine, Evropski sud pravde je doneo dve presude u vezi s otpuštanjem radnica muslimanske veroispovesti zbog toga što su se oglasile o zahtev poslodavca da ne nose islamsku maramu na radnom mestu.<sup>25</sup> Oba slučaja otvorila su pitanje diskriminacije na verskoj osnovi u oblasti zapošljavanja, prediđene Direktivom 2000/78. U središtu slučaja gospođe Achbita<sup>26</sup> je bila analiza internog pravila kompanije koje se odnosilo na zabranu bilo kakvih vidljivih znakova političkog, religioznog ili filozofskog uverenja. Sud pravde je utvrdio da u ovom slučaju nije postojala direktna diskriminacija na osnovu vere po Direktivi 2000/78. Međutim, on je ukazao neke smernice nacionalnom sudu kako bi se utvrdilo da li je postojala indirektna diskriminacija. Naime, sloboda poslovanja, po mišljenju Suda, može se smatrati opravdanim razlogom zbog koje može biti predviđena politika neutralnosti, koja se sastoji od sistematske i kongruentne zabrane bilo kakvih vidljivih znakova političkog, religioznog ili filozofskog karaktera, pod uslovom da se primenjuje na opšti i nediferencirani način među radnicima kompanije, i to isključivo onih koji su angažovani u kontaktu sa kupcima.<sup>27</sup>

Drugi predmet, o kojem se istog dana odlučivalo, odnosio se na otpuštanje gospođe Asma Bougnaoui nakon pojedinačne molbe klijenta kompanije, koji je bio razočaran činjenicom da je zaposlena, koja je postupala u ime kompanije Micropole, imala islamsko obeležje na sebi u vidu marame.<sup>28</sup> U konkretnom slučaju se postavilo pitanje da li vršenje slobode izražavanja verskih uverenja od strane zaposlenih nadilazi ograničenje slobode preduzetništva. U ovom slučaju sud je stao na stanovište da odluka poslodavca da uskrati ispoljavanje vidljivih verskih

---

<sup>24</sup> Zakonska ograničenja ove slobode mogu biti opravdana tamo gde je to potrebno u demokratskom društvu, naročito u bezbednosne svrhe ili kada javne ili profesionalne funkcije pojedinaca zahtevaju njihovu versku neutralnost ili da im se vidi lice. U praksi se neretko zauzima stav da upotreba verskih simbola može uticati na zdravlje i sigurnost drugih, kao npr. ako u opisu posla zaposlenog stoji da vrši usluge nege i pomoći bolesnima ili drugim onesposobljenim pojedincima, ili ako je reč o uslugama proizvodnje hrane ili pića, koja su namenjena prodaji.

<sup>25</sup> Pokrivanje lica i tela žena, posebno potpuno prekrivanje burkom ili nikabom, često se doživljava kao simbol pokornosti žena muškarcima, ograničavajući ulogu žene u društvu, ograničavajući njihov profesionalni život i ometajući njihove društvene i ekonomske aktivnosti. Odnosno odevanje ne predstavlja versku obavezu koju islam propoveda, već je odraz društvene i kulturne tradicije.

<sup>26</sup> Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4s Secure Solutions NV, (C 157/15), Judgement of the Court (Grand Chamber) of 14.03.2017.

<sup>27</sup> "What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? some further reflections on the Achbita case", <http://eulawanalysis.blogspot.nl/2017/03/what-is-point-of-minimum-harmonization.html>, 14.09.2019.

<sup>28</sup> Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA, (C 188/15), Judgement of the Court (Grand Chamber) of 14.03.2017.

obeležja, mora imati legitiman cilj, koji je objektivno uslovljen prirodom zanimanja, a ne subjektivnim razmatranjem posebnih želja klijenata. Sličan slučaj bio je predmet razmatranja pred sudom u SAD-u, a u vezi sa stavom poslodavca-kompanije da su rečenice “Bog vas blagoslovio” i “hvalite Gospoda”, kojima su zaposleni pozdravljali klijente servisa, predstavljale prozelitizam. U konkretnom slučaju, sud je zauzeo stav da je bilo reč o ispoljavanju dozvoljene verske slobode.<sup>29</sup>

#### ODSUSTVO SA RADA NA OSNOVU VERSKIH UBEĐENJA

Posredni način zaštite slobode veroispovesti u oblasti rada i zapošljavanja ogleda se u zakonskom predviđanju odsustvovanja sa rada, na osnovu verskih ubeđenja.<sup>30</sup> Poštovanje slobode veroispovesti na radnom mestu uslovljava potrebu usklađivanja rasporeda radnog vremena sa verskim potrebama zaposlenih. Ova potreba naročito dolazi do izražaja kada je u pitanju obezbeđivanje neradnih dana zaposlenima koji slave verske praznike ili obezbeđivanje odgovarajućeg prostora i vremena na radnom mestu, u okviru koga se pruža mogućnost zaposlenima da upražnjavaju versku tradiciju i verska ubeđenja.<sup>31</sup> Bitno obeležje ovog prava je oportunitetnost, jer zaposleni odlučuje u kojoj meri će svoju pripadnost određenoj religiji manifestovati.<sup>32</sup> Ovo je još jedan u nizu silogizama, koji potvrđuje da postoji kompleksna interakcija između verskog i nacionalnog identiteta. Tako, tokom trajanja radnog odnosa zaposleni je u prilici, odnosno svojevrsnoj obavezi, da poslodavca obavesti o svojoj veroispovesti kako bi ostvario pravo da ne radi na dan verskog praznika za koji zakon predviđa plaćeno odsustvo.<sup>33</sup> U predmetu *Kosteski protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, zaposleni je kažnjen zbog toga što se na dan verskog praznika nije pojavio na radnom me-

<sup>29</sup> M. Rodríguez, str. 130.

<sup>30</sup> Zakon o radu u članu 77. predviđa da zaposleni, između ostalog, u slučaju sklapanja braka ima pravo na odsustvo sa rada uz naknadu zarade (plaćeno odsustvo) u ukupnom trajanju do pet radnih dana u toku kalendarske godine. U vezi sa navedenom zakonskom odredbom, postavlja se pitanje da li zaposleni (naročito onaj koji je već u građanskom braku) uživa pravo na navedeno plaćeno odsustvo ako je reč o crkvenom braku, koji u pravnom poretku RS ne proizvodi pravna dejstva, ili se to smatra zloupotrebom privilegija na osnovu veroispovesti?

<sup>31</sup> Vršenje bogoslužbenih odnosno molitvenih delatnosti zaposlenih direktno utiče na određivanje rasporeda radnog vremena i kontinuirano izvršavanje radnih zadataka.

<sup>32</sup> Dakle, svaki akt ili prestacija poslodavca mora biti takva da ne dovodi do obaveze pojedinca da iskaže svoja verska ubeđenja ili verovanja. Međutim, od ovog pravila postoje izvesni izuzeci. Naime, da bi poslodavac znao koje verske praznike slave njegovi zaposleni, kada treba da im omogući neradne dane, treba da prikupi podatke o tome što predstavlja obradu posebne vrste podataka o ličnosti kojom se otkriva versko uverenje zaposlenih.

<sup>33</sup> B. Lubarda, str. 213.

stu.<sup>34</sup> Zaposleni je isticao da je disciplinska mera koju mu je poslodavac izrekao predstavljala grubo mešanje u unutrašnju sferu ličnih uverenja, budući da je od njega traženo da dokaže svoju veru, jer nije potkrepio verodostojnost svoje tvrdnje da je musliman, s obzirom da nije bilo nikakvih spoljnih znakova da on ispoveda islamsku veru niti da se pridružuje kolektivnoj muslimanskoj molitvi.<sup>35</sup> Postupajući u konkretnom predmetu, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu je istakao da je ovo slučaj u kome je podnosilac predstavke težio da uživa jedno posebno pravo propisano nacionalnim zakonom, koji predviđa da lica muslimanske veroispovesti mogu da se odmaraju određenim danima. Tom prilikom sud je zauzeo stav da u kontekstu zapošljavanja, kada se ugovorima tačno predviđaju konkretne obaveze i prava odnosno privilegije na osnovu veroispovesti, ne smatra se neopravdanim tumačenje poslodavca da je za odsustvo s posla bez dozvole ili očiglednog opravdanja predviđeno disciplinsko sankcionisanje kao i da član 9 EKLJP ne štiti svako delo motivisano ili inspirisano veroispovešću ili uverenjem. Spram toga, u teoriji se pojedini autori zalažu za afirmativan i pravedan pristup verskim slobodama pozivajući se na standard "razumnog zahteva", koji se, za razliku od navedenog stava ESLJP, ne procenjuje subjektivno, prema njegovoj privrženosti određenoj religiji, već prema uticaju takvog zahteva na proces i organizaciju rada.<sup>36</sup> Sledstveno tome, prilikom razmatranja verskih zahteva, poslodavci ne bi trebalo da procenjuju opravdanost verskih potreba zaposlenih, već samo da utvrde da li i u kojoj meri, odnosni zahtevi utiču na proizvodni proces i operativnu efikasnost u poslovanju?<sup>37</sup> Ovakav stav zauzeo je i sud u predmetu *Redmond v Gaf. Corp* u kojem je poslodavac odbio zahtev zaposlenog da subotom ujutru ima pauze radi držanja nastave o Bibliji. U sudskom postupku, sud je utvrdio da pružanje mogućnosti zaposlenom da uživa versku slobodu na mestu rada, u konkretnom slučaju, ne bi poremetilo proces i organizaciju rada, niti izložilo poslodavca nepravednim troškovima.

Na osnovu navedenog, zaključujemo da prilikom usklađivanja potreba zaposlenih za ispoljavanje svoje veroispovesti i uslova rada, dva su relevantna fak-

---

<sup>34</sup> Case of *Kosteski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, (Application no. 55170/00) Judgement Strasbourg of 13.04. 2006. Vasko Kosteski, državljanin BJRM; rođen je 1961. i živi u Bitolju. Zaposlen je u Elektroprivredi Makedonije, a 14. aprila 1998. novčano je kažnjen (15% od njegove mesečne plate tokom 6 meseci) zbog jednodavnog odsustvovanja bez dozvole da bi slavio Bajram. Domaći sudovi su smatrali da je prekršio disciplinska pravila jer nije došao na posao, niti je odsustvo opravdao jer je bio etnički Makedonac koji je slavio i hrišćanske verske praznike.

<sup>35</sup> Molitve, ispovedanje vere i bogoslužjenja obavljaju se slobodno. Niko ne sme da zloupotrebljava veru, verska osećanja ili stvari koje vera smatra svetim na bilo koji način.

<sup>36</sup> M. Rodríguez, str. 130.

<sup>37</sup> *Ibidem*, str. 129.

tora koja utiču na omogućavanje odnosnog interesa zaposlenih: raspoložive mogućnosti u prirodi, neugrožavanje produktivnosti, procesa i organizacije rada, profitne svrhe kompanije i prava drugih radnika na rad, sa jedne strane i značaj verskog praznika, obreda i obeležja na koje se zaposleni poziva, sa druge strane. Imajući u vidu činjenicu da je sloboda veroispovesti kompleksna, neminovno se nameće pitanje: Koje aspekte slobode veroispovesti treba normirati i zaštititi, a da se pri tome ne naruši ravnoteža u odnosu antipodski postavljenih interesa poslodavca i zaposlenog?<sup>38</sup> Da bi se obezbedilo poštovanje verskih prava i sloboda na radnom mestu, neophodno je da se pronađe demarkaciona linija i adekvatan legislativni i praktični modalitet kojim bi se garantovala sloboda veroispovesti i ostvarivanja verskih prava na radu, a da se ujedno ne ugrozi organizacioni proces u radu poslodavca. *Stricto sensu*, poštovanje slobode veroispovesti na radnom mestu ne povlači korelativnu obavezu poslodavca da omogući uživanje verskih potreba i zahteva zaposlenih. Pretpostavka za uživanje verskih obreda, obeležja i drugih verskih potreba zaposlenih na radnom mestu je postojanje organizacionih, procesnih, kadrovskih i tehnoloških mogućnosti. Potreba za poštovanjem slobode veroispovesti i verskih potreba zaposlenih vernika dolazi do izražaja i kada je u pitanju korišćenje odmora/pauza u toku radnog vremena, radi pridržavanja molitvenih pravila verske zajednice kojoj pripadaju u radnim prostorijama poslodavca. Sudska praksa i postupanje suda u Strazburu u vezi sa ovim potrebama zaposlenih svodi se na stav da se ne priznaje postojanje pozitivne obaveze poslodavca u pogledu prihvatanja zahteva zaposlenih da ostvaruju pravo na pauze u toku radnog vremena radi upražnjavanja molitvi, te ne predstavlja povredu slobode veroispovesti.<sup>39</sup>

Imajući u vidu da Zakon o crkvama i verskim zajednicama propisuje da se bogoslužjenje i verski obredi mogu obavljati na zahtev nadležnog organa i u bolnicama, vojnim i policijskim objektima, zavodima za izvršenje krivičnih sankcija i drugim institucijama i objektima, a u školama, ustanovama socijalne i dečje zaštite samo u prigodnim prilikama<sup>40</sup>, može se postaviti pitanje da li vršenje ovakvih verskih obreda u državnim ustanovama predstavlja kršenje opšteprihvaće-

<sup>38</sup> Predrag Jovanović, Darko M. Božićić, "Normativni okvir zaštite moralnog integriteta zaposlenih", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017, str. 1

<sup>39</sup> Zaposleni su dužni da poštuju pravila kojima je uređeno njihovo radno vreme, tako da otpuštanje zbog nepojavljivanja na poslu iz razloga verskih običaja i obreda ne otvara neko pitanje koje bi spadalo u delokrug člana 9 EKLJP. S druge strane, pojedine međunarodne organizacije, poput Svetske banke, dozvoljavaju licima muslimanske veroispovesti da se sastaju u konferencijskim salama i mole tokom ručka. M. Rodríguez, str. 126.

<sup>40</sup> Zakon o crkvama i verskim zajednicama, čl. 31.



nog načela o verskoj neutralnosti?<sup>41</sup> Da li u takvoj situaciji bivaju ugrožena manjinska verska uverenja, odnosno prava onih članova kolektiva koji ne pripadaju verskoj zajednici koja dolazi da vrši verski obred.<sup>42</sup> Da li se, načelno, odredbe Zakona o državnim i drugim praznicima u Republici Srbiji, kojim se predviđaju i verski praznici, smatraju diskriminacijom i prozelitizmom prema zaposlenima različitih verskih ubeđenja u odnosu na većinsko stanovništvo. Prema shvatanju pojedinih autora, ovakve odredbe zakona nemaju takvu kvalifikaciju, jer država nema obavezu da dane odmora ili dane praznovanja predvidi i u Zakonu prizna kao zvanične.<sup>43</sup> Opredeljenost države za praznike koje većinska religija i njeni pripadnici praznuju i slave, ne predstavlja ograđenje o versku neutralnost, na koju se svaka država obavezuje.<sup>44</sup>

## ZAKLJUČAK

Sloboda veroispovesti predstavlja jednu od osnovnih sloboda koja utiče na formiranje ljudske ličnosti, vrednosnog sistema u društvu i pozicioniranja ličnosti u njemu, jer je reč o vrednosnoj komponenti svakog društva koje ima pretenzije da se kvalifikuje kao slobodno, civilizovano i demokratsko. Značaj verske slobode poslednjih godina je postao prepoznatljiv kako u svesti naroda, tako i u zakonskoj regulativi i naučnoj misli. Veliki naponi, koji su uloženi poslednjih nekoliko decenija radi poštovanja ljudskih prava na mestu rada, rezultat su postizanja

---

<sup>41</sup> Dalibor Đukić, "Zakon o crkvama i verskim zajednicama i uloga policije u zaštiti slobode veroispovesti", *NBP: nauka, bezbednost, policija*, br. 3, Beograd, 2012, str. 128.

<sup>42</sup> Stav Zakonodavnog odbora Narodne skupštine Republike Srbije je da se bogoslužbene aktivnosti u skladu sa Zakonom o crkvama i verskim zajednicama sprovode samo u skladu sa mogućnostima i na osnovu zahteva zaposlenih u javnim institucijama ili na zahtev korisnika njihovih usluga, što je u skladu sa međunarodnim standardima. Uz to, vršenje verskih obreda u javnim institucijama je predviđeno na neutralan način, što podrazumeva da sve verske zajednice (bez obzira da li su tradicionalne, konfesionalne ili nove) imaju pravo da vrše svoje obrede, na zahtev nadležnog organa.

<sup>43</sup> Jeroen Temperman, Joseph Powderly, "Protection against Religious Hatred under the UN ICCPR and the European Convention", *Law and Religion in the 21st Century: Relations between States and Religious Communities System* (ed. Silvio Ferrari and Rinaldo Cristofori), London, 2010, str. 116.

<sup>44</sup> Zakon o crkvama i verskim zajednicama je izričit da ne postoji državna religija. Zaposleni imaju pravo da ne rade u dane sledećih verskih praznika, i to: pravoslavci - na prvi dan krsne slave; katolici i pripadnici drugih hrišćanskih verskih zajednica - na prvi dan Božića i u dane Uskršnjih praznika počev od Velikog petka zaključno sa drugim danom Uskrsa, prema njihovom kalendaru; pripadnici islamske zajednice - na prvi dan Ramazanskog bajrama i prvi dan Kurbanskog bajrama; pripadnici jevrejske zajednice - na prvi dan Jom Kipura. Zakon o državnim i drugim praznicima, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2001, 101/2007, 92/2011. čl. 4.

određenog nivoa demokratičnosti u društvu i svesti o značaju poštovanja slobode veroispovesti i njenog ispoljavanja u svim aspektima ljudskog delanja. Normativno delovanje povodom odnosne problematike u oblasti rada i zapošljavanja mora biti dinamičnije, efikasnije i evolutivnije. Namera autora bila je da ispita prisutnost religije i mogućnost uživanja slobode veroispovesti na radnom mestu. Upućivanje javnosti na pitanje slobode veroispovesti na radnom mestu doprinosi, u izvesnoj meri, revitalizaciji religije. Da bi pojedinac sačuvao i zadržao verski identitet, versku pripadnost i mogućnost veroispovedanja na mestu rada, odnosno u radnoj sredini, mora da postoji određeni nivo tolerancije od strane poslodavca, jer nedovoljno investiranje u duhovni razvoj humanih resursa utiče na produktivnost i kvalitet rada.

VERA BAKIĆ, M.A.,  
Legal agent at Public enterprise  
“Roads of Serbia”

## PROTECTION OF FREEDOM OF RELIGION AT THE WORKPLACE

### Summary

The focus of the paper is on the analysis of respect for freedom of religion and the attempt to position this freedom within the framework of labor law, in order to ensure a fuller enjoyment of human rights at the place of work and to protect the dignity of employees. The starting point for discussing the subject matter is the importance of religious identity in the labor law domain, with particular reference to the religious and spiritual needs of employees and the necessity of implementing moral and religious discourse in the field of work and employment in order to harmonize religious freedoms with other relevant rights and conditions at the place of work. What is the employment status of employees, members of another religion in relation to the majority, what manifestations of religious beliefs should be standardized and protected are just some of the issues that occupy a significant place in modern labor law.

*Key words:* freedom of religion of employees, discrimination, religious characteristics, absence from work, case study

VESNA STOJANOVIĆ

## INVALIDNOST I RADNA SPOSOBNOST U OKVIRIMA RAZLIČITIH ZAKONSKIH DEFINICIJA

*U ovom radu biće prikazana različita zakonska regulisanja pitanja invalidnosti i gubitka radne sposobnosti kao i statusa osoba sa invaliditetom kroz nekoliko ključnih propisa koji zadnju deceniju uređuju pitanje pravnog položaja ovih marginalizovanih društvenih grupa stanovništva. Pravo na invalidsku penziju usled potpunog gubitka radne sposobnosti i pravo na status osobe sa invaliditetom usled postojanja nekih zdravstvenih poteškoća i s tim u vezi, pravo na zaposlenje, tema su ovog rada. Paralelni prikaz propisa koji uređuju istu ili veoma sličnu oblast života kao i praksa u primeni ovih propisa, nameće potrebu da se kroz analizu ovih propisa i nastale prakse eventualno izmene ovi propisi u pravcu objedinjavanja i sistematičnog sređivanja normi koje regulišu stanje invalidnosti, potpunog ili delimičnog gubitka radne sposobnosti i s tim u vezi sticanja i ostvarivanja socijalnih prava u celovitom, potpunom i izjenačenom obimu.*

*Ključne reči: invalidnost, radna sposobnost, invalidska penzija, osobe sa invaliditetom, zapošljavanje osoba sa invaliditetom*

### U V O D

Ustav Republike Srbije garantuje pravo na jednakost svih građana pred ustavom i zakonom kao i pravo na jednaku pravnu zaštitu, bez diskriminisanja na posredan ili neposredan način na osnovu različitih svojstava ličnosti (pola, naci-

---

Dr Vesna Stojanović, docent Fakulteta za poslovne studije i pravo, Univerzitet Union "Nikola Tesla" u Beogradu.

onalnosti, veroispovesti, invalidnosti ili nekih drugih svojstava). Ustav obezbeđuje sistem socijalne zaštite i socijalne sigurnosti podjednako i ravnopravno za sve građane kao i za sve marginalizovane i ugrožene društvene grupe. U okviru sistema socijalne zaštite i socijalne sigurnosti Ustav utvrđuje pravo na posebnu zaštitu invalidima, ratnim veteranima i žrtvama rata<sup>1</sup>. U tom cilju, u skladu sa zakonom osnivaju se fondovi socijalnog osiguranja i uređuje sistem penzijskog i invalidskog osiguranje kojim se štiti ekonomska i socijalna sigurnost penzionera i drugih društvenih grupa.

Bez obzira na činjenicu da se kasa Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje (u daljem tekstu: Fond) neredovno i nedovoljno puni penzijskim doprinosima u visini koja bi omogućavala nesmetane isplate penzijskih prinadležnosti, državna finansijska intervencija prema Fondu je neophodna kako bi se sve obaveze Fonda blagovremeno izmirile prema korisnicima prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja.

Broj korisnika prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja u Republici Srbiji godinama se značajno ne smanjuje (prema broju stanovnika, broju osiguranika i broju korisnika prava). Iz statističkih podataka sa sajta Fonda<sup>2</sup> uočava se relativno smanjenje broja korisnika invalidske penzije u odnosu na ranije godine.

U zadnje dve decenije u našem pravnom sistemu donet je veći broj zakona i drugih propisa kojima se utvrđuju novi oblici - novi vidovi invalidnosti odnosno radne sposobnosti kojima se pronalaze modeli i načini za prepoznavanje ove kategorije stanovništva kao i potreba da se ova lica što više uključe u društveni život i postanu produktivniji i korisniji sebi i društvenoj zajednici uopšte. U ovom radu biće prikazane osnovne i najčešće zakonske sličnosti i razlike u određivanju definicije invalidnosti i pravnog položaja lica koja imaju neki od vidova invalidnosti.

### *Različite zakonske definicije invalidnosti*

U našem pravnom sistemu zakoni definišu invalidnost na različite načine, zavisno od načina posmatranja problema invalidnosti i ciljeva koje je zakonodavac tim zakonima želeo da postigne. Na primer Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom<sup>3</sup> utvrđuje da su osobe sa invaliditetom, osobe sa urođenim ili stečenom fizičkom, senzornom ili emocionalnom onesposobljenošću koje usled društvenih ili drugih prepreka nemaju mogućnosti ili imaju ograničene mogućnosti da se uključe u aktivnosti društva na istom nivou sa drugima, bez

---

<sup>1</sup> Isto, član 69.

<sup>2</sup> [www.rfpio.rs](http://www.rfpio.rs), pristup sajtu 15.09.2019. godine.

<sup>3</sup> *Službeni glasnik RS*, 33/2006, čl. 3.

obzira na to da li mogu da ostvaruju pomenute aktivnosti uz upotrebu tehničkih pomagala ili službi podrške.

Po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju<sup>4</sup> invalidnost postoji kad kod osiguranika nastane potpuni gubitak radne sposobnosti, odnosno kad kod profesionalnog vojnog lica nastane potpuni gubitak sposobnosti za profesionalnu vojnu službu, zbog promena u zdravstvenom stanju prouzrokovanih povredom na radu, profesionalnom bolešću, povredom van rada ili bolešću, koji se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom. Uzroci invalidnosti, odnosno gubitka radne sposobnosti su od značaja samo u pogledu uslova za sticanje prava (minimalni staž kao dodatni uslov za slučaj povrede van rada i bolesti u zavisnosti od godina života), kao i u pogledu određivanja iznosa invalidske penzije. Bitan momenat u postupku sticanja prava na invalidsku penziju je da se lice nalazi u osiguranju (po bilo kom osnovu). Zakonodavac je odredio da postoje četiri uzroka invalidnosti kod zaposlenog odnosno kod osiguranika i to: povreda na radu, profesionalna bolest, povreda van rada i bolest.

Ovakvo određivanje invalidnosti, po mišljenju autora ovog rada, nije izdržalo probu vremena odnosno pokazalo je određene nedoslednosti i manjkavosti u praksi. Posebno je upitna razlika u pogledu potpunog gubitka radne sposobnosti profesionalnih vojnih lica i potpunog gubitka radne sposobnosti ostalih lica (civila), ovo posebno zbog mogućnosti vojnih lica da mogu da zasnuju radni odnos posle ostvarivanja prava na invalidsku penziju. Pravo na zasnivanje radnog odnosa posle sticanja prava na invalidsku penziju kod civilnih lica je apsolutno zakonski nedozvoljivo (ako bi se to dogodilo invalidski penzioner bi bio pozvan na kontrolni pregled kod nadležne komisije lekara veštaka čiji nalaz bi nesporno bio negativan, čime bi korisnik izgubio status invalidskog pensionera.

Po Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom<sup>5</sup>, osobe sa invaliditetom su lica sa trajnim posledicama telesnog, senzornog, mentalnog ili duševnog ošteđenja ili bolesti koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom, koja se suočava sa socijalnim i drugim ograničenjima od uticaja na radnu sposobnost i mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja i koje nema mogućnosti ili ima smanjene mogućnosti da se, pod ravnopravnim uslovima, uključi na tržište rada i da konkuriše za zapošljavanje sa drugim licima. Zakon precizno definiše koje osobe, u smislu tog zakona, spadaju u grupu osobe sa invaliditetom i na taj način ih odvaja od osoba koje su po propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju ostvarile pravo na invalidsku penziju, odnosno stekle trajni gubitak radne sposobnosti.

---

<sup>4</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 34/03, 64/04..., 108/13, 75/14, 73/18, čl. 21.

<sup>5</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 36/09, 32/13, čl. 3.

Razlika između navedenih zakonskih definicija je očigledna u određivanju pojma invalidnosti i mogućnosti koje ova dva navedena zakona daju osobama koje su stekle određenu invalidnost. Prvi zakon utvrđuje pravo na invalidsku penziju po osnovu potpunog gubitka radne sposobnosti a drugi utvrđuje pravo na zapošljavanje i rad u određenim uslovima.

Po Zakonu o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom (član 4) osobe sa invaliditetom su ona lica koja su taj status stekla po odredbama ovog zakona, i to:

- 1) ratni vojni invalidi;
- 2) mirnodopski vojni invalidi;
- 3) civilni invalidi rata;
- 4) lica kome je izvršena kategorizacija i drugo lica kome je utvrđena invalidnost, u skladu sa zakonom;
- 5) lica kome je, u skladu sa propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju, utvrđena kategorija invalidnosti, odnosno preostala radna sposobnost;
- 6) lica kome se, u skladu sa ovim zakonom, proceni radna sposobnost saglasno kojoj ima mogućnost zaposlenja, odnosno radnog angažovanja.

Navedenih šest grupa osoba sa invaliditetom (čija invalidnost je utvrđena po posebnom postupku) ili su u statusu nezaposlenih lica ili su zaposlene kod poslodavca (koji ima zakonsku obavezu da na određen broj zaposlenih radnika zaposli odgovarajući broj osoba sa invaliditetom ili da plaća propisan novčani iznos na račun Budžetskog fonda, specijalno otvorenog za plaćanje "penala" za neizvršenu zakonsku obavezu zapošljavanja osoba sa invaliditetom).

Nezaposlena osoba sa invaliditetom je osoba od 15 do 65 godina života, koja nije u radnom odnosu niti je na drugi način ostvarila pravo na rad, spremna da radi ili prihvati profesionalnu rehabilitaciju radi zapošljavanja i aktivno traži zaposlenje i vodi se na evidenciji nezaposlenih lica kod organizacije nadležne za poslove zapošljavanja. Na ovaj način zakonodavac je želeo da utvrdi određen stepen odgovornosti osoba sa invaliditetom za svoj položaj u društvu kao i da im nametne obavezu aktivnog učešća u profesionalnoj rehabilitaciji kod poslodavca, prekvalifikaciji i traganju za odgovarajućim poslovima, shodno zdravstvenim i radnim sposobnostima, umeću i sklonostima. U ovom pronalaženju odgovarajućih rešenja za svaku osobu sa invaliditetom pojedinačno, aktivnu ulogu ima Nacionalna služba za zapošljavanje.

*Razlika između osoba koje su izgubile radnu sposobnost po propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju i osoba sa invaliditetom po propisima o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom. – Razlika između osobe*

sa invaliditetom i osobe koja je potpuno izgubila radnu sposobnost prvenstveno se vidi u načinu na koji je zakonodavac opredelio pitanje radne sposobnosti i ispunjenje određenih zakonom predviđenih uslova. Kod potpunog gubitka radne sposobnosti, lice ostvaruje pravo na invalidsku penziju (pod uslovom da su ispunjeni i drugi uslovi u pogledu godina staža osiguranja, plaćenih doprinosa, prijava i odjava sa osiguranja i drugih relevantnih uslova). Poslodavac odjavljuje sa obaveznog socijalnog osiguranja lice koje je steklo potpuni gubitak radne sposobnosti, dok kod osobe sa invaliditetom, kojoj je taj status utvrđen po postupku koji se vodi u Nacionalnoj službi za zapošljavanje, poslodavac ne odjavljuje to lice sa obaveznog socijalnog osiguranja. Osoba sa invaliditetom, ako je zaposlena, nastavlja da radi kod poslodavca a ako je na evidenciji nezaposlenih lica Nacionalna služba za zapošljavanje preuzima aktivnu ulogu pronalaženja posla ovom licu.

Ovo je osnovna razlika koja se ogleda u pravnom položaju jednih i drugih. Ono što je zajedničko osobama sa invaliditetom i osobama kod kojih je nastao potpuni gubitak radne sposobnosti, jeste garantovano pravo na rad, pravo na uslove rada, pravo na zaključivanje ugovora o radu za osobe sa invaliditetom, odnosno ugovora o delu za invalidske penzionere (uz ograničenje u pogledu visine naknade koju može da ostvari a da pri tome ne ugrozi svoje pravo na invalidsku penziju. Višegodišnje iskustvo pokazuje da se invalidski penzioneri sve češće uključuju u proces rada na bilo koji način i najčešće nelegalno rizikujući da izgube status invalidskog pensionera. Uzroci ovakvog načina rada leže u ekonomskim teškoćama i potrebi da se to stanje bar delimično otkloni i dopuni kućni budžet. Rad na crno karakterističan je i za ovu grupu lica.

*Prava i obaveze osoba sa invaliditetom po Zakonu o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom*

Odredbe navedenog zakona utvrđuju određen nivo prava i obaveza na strani osoba sa invaliditetom. Kapacitet tih prava i obaveza neposredno kontrolišu i sprovode nadležne organizacione jedinice Nacionalna služba za zapošljavanje na teritoriji čitave Republike Srbije, naročito se to odnosi na registrovane nezaposlene osobe sa invaliditetom. Prava i obaveze zaposlenih osoba sa invaliditetom ostvaruju se kod poslodavca, mada je u određenoj meri zastupljeno i učešće Nacionalne službe za zapošljavanje (u vidu finansiranja opremanja radnog mesta, finansiranje, prekvalifikacije i dr.).

*Status osobe sa invaliditetom po odredbama Pravilnika o bližem načinu, troškovima i kriterijumima za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja osoba sa invaliditetom<sup>6</sup>*

Na osnovu odredaba navedenog Pravilnika utvrđeni su elementi po kojima se određuju stepeni odnosno skale za razvrstavanje osoba sa invaliditetom. Nadležna komisija lekara veštaka, osnovu pregleda podnosioca zahteva i na osnovu priložene medicinske i radne dokumentacije, vrši ocenu bolesti i oštećenja od uticaja na radnu sposobnost i mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja na osnovu sledeće skale:

1) O. stepen – ako ne postoje teškoće i prepreke u radu, odnosno ukoliko su zanemarljive i ne utiču na radnu sposobnost;

2) 1. stepen – ako su teškoće i prepreke male i ne utiču na radnu sposobnost u odnosu na zanimanje i poslove koje lice može da obavlja i omogućavaju zapošljavanje pod opštim uslovima;

3) 2. stepen – ako su teškoće i prepreke umerene, odnosno znatne u odnosu na zanimanje ili poslove koje lice može da obavlja a omogućavaju zapošljavanje pod posebnim uslovima;

4) 3. stepen – ako su teškoće i prepreke potpune i višestruke, odnosno lice se ne može zaposliti ili održati zaposlenje ni pod opštim ni pod posebnim uslovima, odnosno čiji je radni učinak manji od jedne trećine radnog učinka zaposlenog na uobičajenom radnom mestu, bez obzira na zanimanje ili poslove.

Na osnovu nalaza lekara veštaka odgovarajuće struke o utvrđenim stepenima teškoća i prepreka Nacionalna služba za zapošljavanje donosi odgovarajuće rešenje. Donošenjem pravosnažnog rešenja stiče se status osobe sa invaliditetom. Osobe sa invaliditetom mogu se zaposliti pod opštim ili pod posebnim uslovima shodno nalazu, oceni i mišljenju nadležne komisije lekara veštaka i u skladu sa donetim rešenjem Nacionalne službe za zapošljavanje.

Ovakve podele u okviru statusa osoba sa invaliditetom ukazuju na sličnost sa starim propisima iz buvše države, SFRJ, u kojoj su više decenija postojale u okviru utvrđenog statusa invalidnosti tri kategorije invalidnosti, pri čemu je samo prva kategorija invalidnosti značila ostvarivanje prava na invalidsku penziju, druga je značile rad sa polovinom od punog radnog vremena i pripadajuću zaradu i naknadu zarade za rad do polovine radnog vremena, a treća kategorija invalid-

---

<sup>6</sup> Službeni glasnik RS, br. 36/10 i 97/13. čl. 16.



nosti podrazumevala je promenu radnog mesta, prekvalifikaciju, dokvalifikaciju i pripadajuću novčanu naknadu u vezi sa tim.

*Primer iz sudske prakse u vezi sa utvrđivanjem invalidnosti*

Neke nedoumice u vezi sa utvrđivanjem invalidnosti i radne sposobnosti vidljive su i u sudskoj praksi. Na primer, Odlukom Upravnog suda<sup>7</sup> potvrđen je nalaz prvostepene i drugostepene komisije lekara veštaka da tužilji ne pripada pravo na potpuni gubitak radne sposobnosti (odnosno pravo na invalidsku penziju), bez obzira na činjenicu što je rešenjem Gradskog centra za socijalni rad 2016. godine, tužilja lišena poslovne sposobnosti i stavljena pod starateljstvo ujaka. U obrazloženju presude sud je konstatovao i uvažio pismeni odgovor Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje, da kod tužilje postoje bolesna stanja ali da tužilja sve do sada nije bila psihijatrski lečena ni bolnički ni ambulantno, a da bi se radna sposobnost validno cenila potrebna je egzaktna dijagnoza koja se može postaviti nakon dužeg psihijatriskog lečenja.

## ZAKLJUČAK

Iz izložene analize proizilazi potreba da se propisi koji regulišu pitanje invalidnosti i radne sposobnosti celovitije uređuju zakonom, kodifikovano i sređeno u jednom propisu kojim se jednobrazno rešavaju iste i slične pravne i životne činjenice, stanja i situacije.

Potpuni gubitak radne sposobnosti, delimični gubitak radne sposobnosti, izmenjena radna sposobnost, ili kategorisanje stanja invalidnosti u više kategorija i nivoa i shodno tome urediti prava iz invalidskog osiguranja tako dakorespondiraju sa pravima iz rada i po osnovu rada, urediti zakonski tako da se i po utvrđivanju ovog stanja obezbeđuju zaposlenom drugi vidovi i drugi nivoi prava koji proističu iz radnog odnosa ili nekog drugog vida radnog angažovanja.

Potrebno je omogućiti da se veštačenje radne sposobnosti može ceniti i pred nadležnim sudovima putem angažovanja komisija lekara veštaka odgovarajuće struke sa lista ovlašćenih veštaka Ministarstva pravde. Na ovaj način bi se izjednačili svi nivoi i kvalitet medicinskog veštačenja kao i smanjilo opterećenje i odgovornost koja je isključivo na lekarima zaposlenim u Fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje (i pri odlučivanju o pravu na invalidsku penziju kao i pri odlučivanju o statusu osobe sa invaliditetom).

---

<sup>7</sup> Odluka Upravnog suda br. 17U 14540/18.

VESNA STOJANOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Business  
Studies and Law Union – Nikola Tesla,  
University of Belgrade

## DISABILITY AND ABILITY TO WORK WITHIN DIFFERENT LEGAL DEFINITIONS

### Summary

This paper will outline the various legal regulations on disability and disability, as well as the status of persons with disabilities through several key regulations that regulate the legal status of these marginalized social groups in the last decade. The right to a disability pension due to a complete loss of working capacity and the right to the status of a person with a disability due to the existence of certain health difficulties and stimuli regarding the right to employment are the topics of this paper. The parallel presentation of regulations governing the same or very similar field of life as the practice in the application of these regulations, necessitates, through the analysis of these regulations and the resulting practices, possibly to amend these regulations with a view to consolidating and systematically regulating the standards governing disability, total or partial loss of working capacity, and in that respect the acquisition and enjoyment of social rights in a full, complete and equitable manner.

*Key words:* disability, working ability, disability pension, persons with disabilities, employment of persons with disabilities

MIRJANA KNEŽEVIĆ

### **JAČANJE PRAVA KORISNIKA BANKARSKIH USLUGA**

*Koristeći nedovoljnu informisanost i neukost korisnika bankarskih usluga, davaoci bankarskih usluga često ugovaraju visoke naknade za svoje usluge i prikrivene troškove. Na primeru platnih usluga i zakonskog uređenja ove oblasti kroz sistemske zakone (Zakon o platnim uslugama i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o platnim uslugama) treba da se pokaže značaj jačanja principa transparentnosti, bolje informisanosti korisnika i jačanje prava boljeg izbora davaoca platne usluge. Cilj zakonskih izmena u oblasti platnih usluga je ostvarivanje prava korisnika platnih usluga i njegovo bolje pozicioniranje u pravnim odnosima platnog prometa. Zakonske izmene uvode pravilo o obavezi davaoca platnih usluga da transparentno pruža korisniku platnih usluga informacije o visini naknade koja se naplaćuje. Zatim, definišu i pravilo koje se odnosi na pravo korisnika platnih usluga na jednostavnu promenu platnog računa, i na precizno utvrđivanje sadržaja osnovnih usluga koje se ugovaraju uz ugovor o otvaranju platnog računa. Regulatorni osnov za bolje pozicioniranje i jačanje prava korisnika bankarskih usluga postoji, a poslovna praksa će u narednom periodu da pruži odgovor na pitanje da li je to dovoljno.*

*Ključne reči: bankarske usluge, korisnici platnih usluga, novo zakonodavstvo*

#### U V O D

Paralelno sa procesom stvaranja evropskog bankarskog prava, u Republici Srbiji se već duže vremena radi na regulatornom uređenju tržišta bankarskih

---

Dr Mirjana Knežević, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Ovaj rad je deo rezultata istraživanja u okviru naučnog projekta Filozofskog fakulteta u Prištini – Kosovska Mitrovica, *Kosovo i Metohija između nacionalnog identiteta i evrointegracija*, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (Broj projekta: 47023).

usluga. Donošenje izmenjene zakonske regulative u oblasti platnih usluga treba da doprinese jačanju Ustavom zagarantovanog prava na sigurnost i jednakost svih pravnih subjekata, kroz pouzdanu i efikasno funkcionisanje bankarskog sistema. Republika Srbija, kroz zakonodavnu aktivnost treba da se približi evropskoj regulativi bankarskih usluga, u smislu ispunjenja postavljenih uslova za pridruživanje Evropskoj uniji. Jedan od najznačajnijih pokazatelja spremnosti naše zemlje za uvođenje domaćih privrednih subjekata i fizičkih lica kao pojedinaca na evropsko platno tržište gde postoji potpuno drugačiji sistemi plaćanja, oblast je platnih usluga.

Na evropskom i svetskom tržištu postoje drugačiji načini trgovine (elektronska trgovina), sa razvijenom ponudom proizvoda i usluga preko interneta, tako da na postavljeni zahtev domaćoj privredi za uspostavljanje konkurentnosti naših privrednika dat je odgovor kroz donošenje nove zakonske regulative u oblasti platnih usluga, tj. kroz donošenje Zakona o platnim uslugama,<sup>1</sup> a zatim i Zakona o izmenama i dopunama Zakona o platnim uslugama.<sup>2</sup> Ovim Zakonom su ustanovljena veća prava korisnika platnih usluga. U radu, autor nastoji da ukaže na važnost nekih od ustanovljenih prava sa aspekta boljeg pravnog položaja korisnika platnih usluga.

#### UGOVOR O TEKUĆEM RAČUNU

Kao posebna grupa pravnih poslova, bankarski poslovi neodvojivo prate ugovore o prometu robe i vršenju privrednih usluga.<sup>3</sup> Privredni i drugi pravni subjekti kroz bankarske poslove, valorizuju višak raspoloživih novčanih sredstava ili se snabdevaju potrebnim količinama novca.<sup>4</sup> Predmet bankarskih poslova je promet novca, hartija od vrednosti i vršenje određenih usluga sa tim u vezi.

U praksi kao najčešće zaključivan bankarski ugovor, pojavljuje se ugovor o bankarskom tekućem računu. Tekući račun (platni račun) jeste račun koji se koristi za izvršavanje platnih transakcija kao što su uplata, prenos i isplata novčanih sredstava, a koji otvara i vodi davalac platnih usluga za jednog ili više korisnika platnih usluga. S obzirom na to, pravila o bankarskom tekućem računu se prime-

<sup>1</sup> Zakon o platnim uslugama, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014.

<sup>2</sup> Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2018.

<sup>3</sup> Mirjana Knežević, *Bankarski poslovi i hartije od vrednosti*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2008, str. 14.

<sup>4</sup> Aleksandar Živković, Rade Stankić, Borko Krstić, *Bankarsko poslovanje i platni promet*, 4. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta, Beograd, 2007, str. 282.

njuju i na pitanja ugovora o obavljanju platnog prometa, koja sva fizička i pravna lica koja obavljaju neku delatnost zaključuju sa bankama, kako bi mogli zakoni- to da obavljaju plaćanje.<sup>5</sup> Svrha sklapanja ugovora o tekućem računu proizilazi iz pravne prirode obaveze banke da preuzima uplate u korist tog računa i vrši isplate na teret tog računa, tj. da putem tog računa korisnik prima plaćanja koja u njego- vu korist vrše treća lica i sam vrši plaćanja u korist trećih lica.<sup>6</sup>

Ugovorom o bankarskom tekućem računu, banka se obavezuje da zainte- resovanom licu otvori poseban račun i da preko tog računa prima uplate i vrši isplate u granicama sredstava na računu. Banka se obavezuje prema saugovaraču da: otvori tekući račun; preko njega prima uplate; i obavlja isplate. To su osnov- ne obaveze banke, koje čine temelj ugovora o tekućem računu. Iz ovako date de- finicije ne proizilaze obaveze druge ugovorne strane, tj. ne proizilazi da bi klijent imao obavezu plaćanja provizije i naknade troškova.

Ugovor o otvaranju bankarskom tekućeg računa se u našem pravu mora za- ključiti u pismenom obliku.<sup>7</sup> Zakonom propisana pismena forma predstavlja for- mu *ad solemnitatem*, a ne formi *ad probationem*.<sup>8</sup> Pri zaključenju predmetnog ugovora nije neophodno da korisnik računa položi kod banke neki iznos novca. U praksi se ugovori o bankarskom tekućem računu sklapaju adhezijom, pristaja- njem korisnika na unapred odštampane i pripremljene odredbe ugovora.

Pravna priroda ugovora o tekućem računu je interesantno pitanje, s ob- zirom na to da izuzetno mali broj zakonskih odredbi, svega devet, uređuje ovaj pravni posao. Primanje uplata u korist računa i vršenje isplata na teret računa pretpostavlja da banka stupa u neke odnose sa trećim licima, i obavlja određene radnje za račun korisnika računa.

Na taj način se vidi sličnost između pravnog položaja banke kod ugovora o bankarskom tekućem računu i nalogoprimca kod ugovora o nalogu. Treba nagla- siti da se ovaj ugovor razlikuje od ugovora o bankarskom novčanom depozitu po tome što banka kod ugovora o bankarskom tekućem računu nema obavezu plaća- nja kamate, dok kod ugovora o novčanom depozitu ima, zatim salda više računa se prebijaju za razliku od ugovora o novčanom depozitu, kao i po tome što kori- snik plaća naknadu za razliku od deponenta novčanog depozita.

---

<sup>5</sup> Miljenko Giunio Svrha, Zvonimir Slakoper, "Pravni odnosi u platnom prometu", *Inženjerski biro*, 2002, str. 58.

<sup>6</sup> Slavko Carić, Miroslav Vitez, Janko Veselinović, *Privredno pravo*, Novi Sad, 2006, str. 260.

<sup>7</sup> Član 1053, Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003.

<sup>8</sup> Miroslav Vitez, *Bankarsko pravo*, Subotica, 2011, str. 57.

Osnovna obaveza banke i ujedno prva je da otvori poseban račun. Bankarski tekući račun se naziva još žiro račun i bankarski kontokorentni račun, koji se odnosi na knjiženje i saldiranje. Banka je dužna da prima sve uplate koje su izvršene na račun korisnika tekućeg računa. To mogu da budu uplate koje je izvršio sam korisnik, ili neko treće lice za korisnika.

S druge strane, banka je dužna da po nalogu korisnika računa ili lica koje je korisnik ovlastio vrši plaćanja sa računa. Obaveza banke na isplatu dospeva čim primi nalog. Primalac isplate može da bude korisnik računa ili treće lice, u skladu sa nalogom za isplatu. Ako je banka pogrešno odobrila jednom tekućem računu neki iznos koji je bio upućen na drugi račun, korisnik računa je dužan da takav iznos vrati, uz kamatu od dana opomene.

Banka otvora tekući račun samo onom fizičkom licu koje se obavezalo da će preko računa primati određene prihode (npr. plata korisnika računa). U svakom posebnom slučaju uplate i isplate banka je dužna da svaku primljenu uplatu i izvršenu isplatu proknjži i obavesti korisnika o novom stanju na računu. Prilikom svake promene na tekućem računu, banka je dužna da o tome obavesti korisnika računa odgovarajućim izvodom iz računa.

Ugovorom o otvaranju računa se određuje da li će klijent podizati izvode kod banke, ili će mu ih banka dostavljati na drugu sporazumno utvrđeni način. U izvodu se naznačava raniji saldo, promena koja je izvršena i novi saldo. Ova obaveza banke je važna jer korisnik tekućeg računa može da raspolaze samo onim sredstvima koja su naznačena kao postojeći zadnji saldo računa. Mišljenja smo da izvod može da se dopuni podacima tako da ne pokazuje samo rezultat promene salda, već i podatke o računu sa kojeg je stigla uplata ili u čiju korist je izvršena isplata.

Banka može raspolagati sredstvima na tekućem računu dok ne primi nalog korisnika računa da izvrši određenu isplatu, tako da bankarski tekući računi imaju značajnu funkciju u pogledu mobilizacije slobodnih novčanih sredstava.<sup>9</sup>

Propisima nije zabranjeno da jedno lice kod iste banke ili kod više banaka ima više tekućih računa. Ukoliko je tako ugovoreno, banka se obavezuje i da kreditira vlasnika računa do određenog iznosa, u tom smislu što preuzima obavezu da do tog iznosa honorirše čekove korisnika računa za koje ne postoji pokriće.

Obaveza korisnika tekućeg računa nisu složene kao obaveze banke. One se odnose na plaćanje provizije i naknade posebnih troškova.

Obaveza plaćanje provizije korisnika tekućeg računa banci, predstavlja bitan sastojak ugovora. Provizija je ujedno i bitan razlog zaključivanja ovog ugovora.

<sup>9</sup> Zoran Antonijević, Milan Petronić, Božidar Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982, str. 311.

ra posmatrana sa aspekta cilja zaključivanja od strane banke. Banka ima pravo da zaračunava proviziju korisniku računa za obavljene poslove u vezi sa računom, kao i naknadu za posebne troškove. Visina provizije se određuje u opštim uslovima poslovanja banke. Korisnik je u obavezi da nadoknadi banci samo posebne troškove, tj. troškove koje banka čini po nalogu korisnika tekućeg računa ili u njegovu korist, koju banka po redovnom toku stvari ne bi činila.

Način plaćanja provizije i troškova predviđeno je Zakonom o obligacionim odnosima, tako da banka može sama, bez predhodne saglasnosti korisnika da ostvari svoje pravo na proviziju i posebne troškove oduzimanjem sredstava sa tekućeg računa.

Prestanak ugovora o tekućem računu je moguć istekom vremena i otkazom, zbog zakašnjenja i neispunjenja. Posledice prestanka ugovora o tekućem računu su prestanak prava i obaveza ugovornih strana. Prirodan sled je zatvaranje tekućeg računa. U slučaju pozitivnog salda treba izvršiti isplatu korisniku, a u slučaju negativnog salda treba izvršiti isplatu banci.

Zakonsko uređeno ugovora o tekućem bankarskom računu i drugih bankarskih uslužnih poslova, ostavlja prostor za uređenje drugih pravnih pitanja koji se odnose na zaštitu korisnika bankarskih usluga.

Pad životnog standarda građana, smanjivanje kupovne moći dovodi do stvaranja novih problema u bankarskoj poslovnoj praksi. Jedan od pretežnih problema je onaj koji se odnosi na nemogućnost redovnog servisiranja dugova klijenata prema bankama.<sup>10</sup> Takođe, korisnici bankarskih usluga imaju pravo na potpuno zadovoljenje svojih htenja, u smislu da dobiju za manju cenu koštanja kompletniju, jeftiniju i bolju bankarsku uslugu. Davaoci bankarskih usluga koriste svoju jaču ekonomsku poziciju i povoljniji pravni položaj, tako da kroz kreiranje opštih uslova poslovanja i zaključivanjem ugovora adhezijom, često nameću korisnicima bankarskih usluga obavezu plaćanja nepravične, prikrivene i često nejasno obračunate provizije i troškove. Banka kao jača ugovorna strana potražuje visoke naknade sa prikrivenim troškovima i bez jasno definisanih obaveza i prava.<sup>11</sup> Praksa kreira pravila koja odstupaju od principa na kojima počiva ugovorno pravo, tako da je zakonopisac u cilju jačanja prava korisnika platnih usluga učinio napor i kreirao nova pravila.

---

<sup>10</sup> Ana Opačić, "Položaj korisnika finansijskih usluga i valutna klauzula koja štiti interes banke", *Izbor sudske prakse*, god. 24, br. 3/2016, str. 5–10.

<sup>11</sup> Mirjana Knežević, "Ugovor o kreditu kao uslužni posao", *Uslužni poslovi* (urednik Miodrag Mićović), Kragujevac, 2014, str. 279–291.

## KORISNIK PLATNIH USLUGA

Savremeni trendovi na globalnom tržištu zahtevaju da se potrošač posmatra ne samo kao osoba čija prava treba definisati i zaštititi, već je i najvažniji učesnik na tržištu. Zato je potrebno posebno naglasiti značaj zaštite potrošača kao korisnika usluga i na taj način postaviti temelje uspešnog funkcionisanja tržišne privrede. Zakoni treba da urede na jasan način pravni odnos između proizvođača i potrošača, tj. pržaoca usluge i korisnika usluge.

Opšta pravila obligacionog prava nisu dovoljna da efikasno zaštite prava korisnika usluga, već je potrebno posebno pravno regulisati položaj korisnika pojedinih vidova usluga i obezbediti nadzor nad sprovođenjem tih pravila u praksi.<sup>12</sup> Funkcija zaštite korisnika bankarskih usluga je data Narodnoj banci Srbije koja vrši kontrolu ponašanja davaoca usluge prema korisnicima, *ex ante* i *ex post*.<sup>13</sup> Osnovna kontrolna funkcija Narodne banke Srbije se odnosi na kontrolu opštih uslova ugovora koje davaoci usluga zaključuju sa korisnicima usluga kao i postupanje po pravnim prigovorima korisnika.

U praksi je prisutna činjenica da su korisnici usluga nedovoljno i neadekvatno informisani o sadržaju svojih prava tako da su često zloupotrebljeni, što implicira mnoga ograničenja, kao što je i ograničenje same konkurentnosti učesnika na bankarskom tržištu.

Odrebe Zakona o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama, primenjuju se od marta ove godine, tako da efekte novih zakonskih odredaba tek očekujemo u praksi. Izmenjena regulativa treba da isprati promene nastale na domaćem platnom tržištu, koje su nastale kao refleksija poslovne prakse inostranog tržišta sa izgrađenim sistemom bezgotovinskog plaćanja.

Zakonsko uređenje platnih usluga ima za cilj prihvatanje savremenih oblika plaćanja i uključivanje tržišta platnih usluga i platnog sistema Republike Srbije u šire evropske i svetske privredne tokove. Tehničkim osavremenjavanjem platnog prometa sa domaćim i stranim subjektima sa adekvatnim zakonskoim uređenjem platnog sistema i platnog prometa treba da dovede do jačanja pravnog položaja korisnika platnih usluga.

Termin “korisnik platnih usluga – potrošač” zamenjuju se rečima: “korisnik platnih usluga koji nije pravno lice”.<sup>14</sup> Pružalac platnih usluga u označava banku, instituciju elektronskog novca, platnu instituciju i javnog poštanskog operato-

---

<sup>12</sup> Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016, 44/2018; Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 I 139/2014.

<sup>13</sup> Dijana Marković Bajalović, “Zaštita korisnika finansijskih usluga”, *Uslužni poslovi* (urednik Miodrag Mićović), Kragujevac, 2014, str. 279-291.

<sup>14</sup> Član 4, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.



ra. Novine zakonske regulative su brojne, a kao najvažnije ističemo jačanje zaštite prava korisnika platnih usluga i to kroz:

- veću transparentnost informacija u ponudama pružaoca platnih usluga (informacije o naknadama koje naplaćuju pružaoci platnih usluga);
- bolju informisanost korisnika platnih usluga.<sup>15</sup>

Pružaoци platnih usluga u ponudama za otvaranje platnih računa korisnicima platnih usluga, često daju nejasne i nedovoljne informacije, a potreba informisanja korisnika platnih usluga je najviše prisutna kod poslova otvaranje i gašenje platnih računa. U praksi se pokazalo da je prisutna nepreciznost i netransparentnost, pre svega kod pravnog posla otvaranja i gašenje tekućih računa. Informacije o naknadama koje naplaćuju pružaoci platnih usluga, se uglavnom u praksi dostavljaju na način da uvek ima mesta za različito tumačenje. Preciznost i tačno određenje ne postoji. Uglavnom su to vezane informacije, uključene u skup složenih međusobno povezanih i zajedničkih cena koštanja, koje mogu delovati zbujujuće na korisnika platnih usluga.

Usluge povezane s platnim računom, označavaju sve usluge koje se odnose na otvaranje, vođenje i gašenje platnog računa, uključujući i dozvoljeno i nedozvoljeno prekoračenje računa.<sup>16</sup>

Naknade koje pružalac platnih usluga naplaćuje označavaju sve naknade i druge troškove koje korisnik platnih usluga plaća pružaocu platnih usluga za usluge koje su povezane sa platnim računom. Pri otvaranju računa potrošača koji ima zakonit boravak u Republici Srbiji zabranjena je svaka diskriminacija.<sup>17</sup>

Ujednačavanje pravila za ustanovljenje termina banaka, korisnici platnih usluga na jednostavniji i jedinstven način razumevaju date stručne termine banaka. Na ovoj način smanjuje se mogućnost da pružalac platne usluge dovede, namerno ili nenamerno u zabludu korisnika platnih usluga o značenju pojedinih termina koji su deo pre svega opštih uslova poslovanja banaka kao i samog ugovora zaključenog sa bankom o obavljanju platnog prometa.

U cilju sprovođenja donetog Zakona, doneti su sledeći propisi:

- Odluka o utvrđivanju liste reprezentativnih usluga povezanih s platnim računom;
- Odluka o utvrđivanju pregleda usluga i naknada povezanih s platnim računom;

---

<sup>15</sup> Mirjana Knežević, "Izmenjena regulativa platnih usluga u Republici Srbiji", *Pravo, teorija i praksa*, Novi Sad, 2019, vol. 36, br. 4–6, str. 15–31.

<sup>16</sup> Član 73a, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

<sup>17</sup> Član 73b, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

- Odluka o utvrđivanju izgleda i sadržaja izveštaja o naplaćenim naknadama;
- Odluka o sadržini i načinu dostavljanja i objavljivanja podataka o naknadama koje pružaoci platnih usluga naplaćuju korisnicima platnih usluga;
- Odluka o početnom kapitalu, kapitalu i kapitalnom zahtevu operatora platnog sistema;
- Odluka o sprovođenju odredaba Zakona o platnim uslugama koje se odnose na davanje dozvole za rad platnog sistema i saglasnosti na izmene i dopune Pravila rada platnog sistema.

Osnovni cilj donetih odluka je da se doprinese što većoj transparentnosti i ujednačavanju termina koje koriste pružaoci platnih usluga, u ponudama svojih proizvoda. Na taj način korisnik platnih usluga stiče mogućnost da na brz i jednostavan način uporedi ponude različitih pružaoca platnih usluga kao i da ima godišnji uvid u iznos sredstava koja odlaze na plaćanje pojedinih naknada za platne usluge.

Narodna banka Srbije objavljuje podatke o naknadama koje pružaoci platnih usluga naplaćuju korisnicima platnih usluga, i na taj način olakšava korisnicima platnih usluga na drugačije opredeljenje u odnosu na postojeće. Iako praksa beleži znatan broj nezadovoljnih korisnika platnih usluga, koji su nepreduzumljivi u pogledu promene pružaoca platnih usluga, mišljenja smo da će dostupnost informacija o visini naknada koje naplaćuju pružaoci platnih usluga kao i pojednostavljenje postupka promene pružaoca platnih usluga promeniti postojeću sliku u praksi, i to najmanje za usluge navedene u listi reprezentativnih usluga.<sup>18</sup>

Obaveze pružaoca platnih usluga se proširuje sa obaveze mesečnog izveštavanja i na dostavljanje zbirne informacije o svim naplaćenim naknadama za usluge povezane sa njegovim platnim računom i to jednom godišnje, bez obaveze posebne naknade pružaocu usluga.<sup>19</sup>

Sadržaj izveštaja čine i podaci o primenjenim kamatnim stopama i ukupnom iznosu kamate, ako ih je pružalac platnih usluga naplaćivao. Informacije koje ulaze u izveštaj se odnose na: pojedinačnu naknadu po svakoj usluzi tokom određenog perioda; ukupan iznos svih naknada naplaćenih tokom određenog perioda za svaku uslugu; visinu kamatne stope na svako prekoračenje platnog računa, ako je pružalac platnih usluga pružao ovu uslugu u određenom periodu, kao i ukupan iznos naplaćene kamate; visinu pasivne kamatne stope, ako je pružalac platnih usluga u određenom periodu pružao uslugu povezanu s platnim računom na koju se primenjuje ova stopa; ukupan iznos naknada naplaćenih za sve usluge povezane s platnim računom pružene tokom određenog perioda.

---

<sup>18</sup> Član 73ž, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

<sup>19</sup> Član 73d, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

Izveštaj o naplaćenim naknadama predstavlja poseban dokument pisan na srpskom jeziku, tako da na jednostavan i jasan i način pruža potpunu informaciju korisniku platnih usluga bez moguće zablude o plaćenim naknadama. Način dostavljanja ovog dokumenta se uređuje okvirnim ugovorom o platnom računu.

Ovo je način da se izbegne zabuna, zablude ili prosto neznanje korisnika platne usluge o završnoj računici, i tome koliko korisnika platne usluge koštaju usluge jedne banke.

Samim tim, daje se mogućnost uporedivosti sa iznosom zbirnog koštanja svih usluga i u drugim bankama, što treba da pruži mogućnost korisniku platnih usluga i menjanje pružaoca platnih usluga.

Korisnik platnih usluga vremenom može da odluči da zaključi ugovor o otvaranju i vođenju tekućeg računa sa drugim pružaocem platnih usluga, i da pri tome nailazi na komplikovan postupak koji ga obeshrabruje u tom pokušaju. Da bi se to izbeglo, Zakon donosi nova rešenja, tako da je cilj zakonskih novina pojednostavljenje postupka prelaska iz jedne u drugu banku, i olakšan postupak otvaranje novog i zatvaranje starog platnog računa. Uporedivost naknada treba da doprinese olakšavanju postupka promene platnog računa ili prenosa pojedinačne platne usluge.

Postupak je pojednostavljen i obuhvata samo podnošenje zahteva novom pružaocu usluga, sa ovlašćenjem i bez dodatnih proceduralnih zahteva usmerenih prema starom pružaocu usluga. Promena platnog računa vrši se isključivo na osnovu ovlašćenja korisnika platnih usluga, sa ili bez gašenja platnog računa koji je otvoren kod prethodnog pružaoca platnih usluga.<sup>20</sup> Na osnovu dobijemog ovlašćenja, nov pružalac platne usluge u određenom kratkom roku od prijema ovlašćenja zahteva od starog pružaoca platnih usluga sprovođenje zakonom predviđenih radnji.<sup>21</sup>

Na ovaj način se jača tržišna konkurentnost i daje mogućnost pružaocima platnih usluga da kontinuirano rade na poboljšanju i noviranju ponuda sa jedne strane kao i smanjenju cene.

Informacije o promeni platnog računa moraju da budu dostupne korisnicima platnih usluga i to bez naknade. Njihov sadržaj čine informacije o obavezama i odgovornostima prethodnog i novog pružaoca platnih usluga; rokovima za sprovođenje radnji koje se odnose na promene; naknadama koje se naplaćuju u vezi s promenom platnog računa, ako takve naknade postoje;

---

<sup>20</sup> Član 73i, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

<sup>21</sup> Član 73k, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

o svim podacima koje je korisnik platnih usluga dužan da dostavi pružaocu platnih usluga; o mogućnosti vanskudskog rešavanja eventualno nastalog spornog.<sup>22</sup>

Postoje otvoreni platni račun, koji se ne odnose na sve usluge koje su potrebne korisnicima kao učesnicima u elektronskom bankarstvu. Upotreba gotovog novca se smanjuje, a platne usluge postaju deo savremenog života, gde on-lajn kupovina smanjuje troškove, rizike.

Zakonske izmene po prvi put uređuju pitanje platnog računa sa osnovnim uslugama, tj. eliminiše se dosadašnje pravo banke da sama odredi šta čini sadržinu osnovnih usluga vezanih za platni račun.

Dosadašnja bankarska praksa je pokazivala da banke same određuju sadržaj usluga koje pružaju korisnicima platnih usluga, vezanih za platni račun. U cilju ujednačavanja bankarske prakse, Zakon propisuje šta čini sadržinu platnog računa sa osnovnim uslugama, koju koriste svi korisnici platnih usluga nezavisno od njihove finansijske moći.

To su sledeće usluge: usluge koje se vrše radi otvaranja, vođenja i gašenja tog računa; usluge koje omogućavaju uplatu gotovog novca na platni račun; usluge koje omogućavaju isplatu gotovog novca s platnog računa na šalterima ili na bankomatima i drugim sličnim uređajima; usluge izvršavanja platnih transakcija, tj. prenosa novčanih sredstava s platnog računa, odnosno na platni račun, i to: direktnim zaduženjem, korišćenjem platne kartice, uključujući plaćanja putem interneta, transferom odobrenja, uključujući trajni nalog, na odgovarajućim uređajima, šalterima banaka i korišćenjem interneta

## ZAKLJUČAK

Zakonske izmene i dopune Zakona o platnim uslugama definišu nova pravila o obavezi davaoca platnih usluga da informiše korisnika platnih usluga o visini naknade koju od njega naplaćuje, kao i obavezi preciznog utvrđivanje sadržaja osnovnih usluga koje se ugovaraju uz ugovor o otvaranju platnog računa. Jačanje principa transparentnosti ide uporedo i sa jačanjem prava korisnika platnih usluga na jednostavniju promene platnog računa, bez troškova.

Mišljenja smo da donete izmene u Zakonu o platnim uslugama treba da doprinesu jačanju prava zaštite korisnika platnih usluga, kao i lakšem, sigurnijem i bržem poslovanju svih učesnika na bankarskom tržištu. Prilikom primene novih pravila treba nastojati i dalje raditi u pronalaženju rešenja koja su bliža realnom životu svakog građanina. U uslovima razvoja novih tehnologija u bankarskom poslovanju, potrebno je imati aktivan odnos prema bankarskom uslužnom

---

<sup>22</sup> Član 73m, Zakon o izmenama i dopunama zakona o platnim uslugama.

poslovanju posebno sa stanovišta jačanja pravne jednakosti, slobode ugovaranja i sigurnosti korisnika bankarskih sluga.

MIRJANA KNEŽEVIĆ, Ph.D.,  
Full Professor, Faculty of Economics  
University of Kragujevac

## STRENGTHENING THE RIGHTS OF BANKING SERVICES CONSUMERS

### Summary

Inadequately informed and ignorant customers frequently face high bank fees and hidden costs. Payment services and the legal framework which systematically regulates this area (the Law on Payment Services and the Law Amending the Law on Payment Services) will serve to illustrate how important it is to strengthen the transparency principle, provide payment service users with adequate information and improve their right to choose a better payment service provider. The aim of amendments of the payment services regulations is to allow the payment services customers to exercise their rights and improve their position in payment operations. Regulatory changes stipulate that payment services provider shall provide the payment services user with transparent information on banking fees. They also give the payment services user the right to a simpler change of account provider, and they prescribe that the scope of basic banking services should be clearly defined. Although the regulation provides the solid ground for better positioning of banking service users through strengthening of their rights, commercial practice will show whether it will be successful.

*Key words:* banking services consumers, consumers of banking services, new legislative



PREDRAG DEDEIĆ

## ETIKA NA TRŽIŠTIMA KAPITALA: OKSIMORON ILI *CONDITIO SINE QUA NON*

*Motiv za članak ovakvog naslova izrasta iz potrebe za analizom uloge i značaja etike na tržištu kapitala. Stavu da etika na tržištu kapitala predstavlja oksimoron, suprotstavljen je stav da se radi o uslovu bez kojeg se ne može. Put u finansijsku krizu popločan je neodgovornošću, neznanjem i nemoralom. Etički okvir je širi od pravnog i sastoji se od etičkih vrednosti koje se primenjuju u procesu kreiranja normi, njihovog tumačenja i primene prava. Efikasna primena etičkih pravila podrazumeva identifikovanje oblasti koje su po pravilu izvor etičkih dilema i ponudu odgovarajućih rešenja. Primera radi, u praksi se postupak preuzimanja akcionarskih društava javlja kao jedna od takvih oblasti, zatim određenje bonusa top menadžmentu, short selling transakcije, indirektna ulaganja (derivati) i dr. Važno je izgraditi etičku kulturu kod svih učesnika na tržištu (javnopravnog ili privatnopravnog karaktera), kao i efikasan mehanizam uspostavljanja i kontrole odgovornosti od vrha entiteta nadole. Nove tehnologije i primena veštačke inteligencije ubrzano menjaju tržišta kapitala i učesnici se suočavaju sa brojnim novim etičkim izazovima.*

*Ključne reči: etika u finansijama, etika na tržištu kapitala, etička kultura, veštačka inteligencija*

### U V O D

Ostavljajući po strani brojne izazove pred kojima se nalazi srpsko tržište kapitala i investiciona javnost<sup>1</sup>, fokus u radu usmerava se ka etičkim problemima.

---

Dr Predrag Dedeić, samostalni konsultant.

<sup>1</sup> Dominantan proces je harmonizacija propisa sa EU zakonodavstvom. On se odvija uz prisustvo brojnih negativnih činilaca, kao što su nepostojanje strategije razvoja tržišta kapitala, slabih institucija, neefikasnog pravosuđa, krupnih političkih pitanja koja čekaju rešenje i dr.

Konkretno, reč je sagledavanju potencijala etike za uspostavljanje poverenja na tržištu, odnosno preispitivanje konkretnih rešenja njene efikasne primene. Iskustva razvijenih zemalja pokazuju da etika postaje sve značajniji činilac na modernim tržištima kapitala. Etičke norme, ne samo da ispunjavaju tradicionalno čvrst pravno institucionalni okvir, već ga značajno proširuju, usmeravajući ponašanje učesnika od obaveznog ka moralno poželjnom. Od njih se zahteva da poseduju kulturu etičnosti koja se ispoljava kroz pošteno, pravično, transparentno i odgovorno poslovanje i koja je osnov poverenja investitora<sup>2</sup>. To nije lak zadatak u ekosistemu tržišta kapitala sastavljenom od brojnih subjekata sa divergentnim interesima. U tom prostoru sa naglašenim javnim interesom, odvija se borba za ostvarenje privatnih, lukrativnih ciljeva. Problem nastaje, i narasta, ukoliko ne postoji vrednosni sistem, kao osnova za razlikovanje oštre od prljave tržišne borbe<sup>3</sup>, odnosno državnog interesa od demagoških floskula iza kojih se krije korist određenih interesnih grupa. Svaki entitet na tržištu kapitala, bilo da je javnopravnog ili privatnopravnog karaktera, mora imati integritet izgrađen na moralnom i odgovornom ponašanju. Od uspešnosti da se aktivnosti, od najjednostavnijih do najkompleksnijih, drže unutar okvira usaglašenosti i poštovanja etičkih vrednosti, zavisi stepen izgrađenosti integriteta učesnika na tržištu, investicione profesije i samog tržišta. Etika je tu da ponudi vrednosni stav u konkretnoj situaciji, a izbor je na donosiocima odluka<sup>4</sup>. Nepoštovanje etičkih vrednosti otvara prostor za destruktivno delovanje. Tada nema profesionalne odgovornosti, poštenja i pravičnosti, investitori gube poverenje, aktivnost opada i narušava se stabilnost tržišta<sup>5</sup>. Kapital odlazi u "zdravije" sredine ili cirkuliše alternativnim putevima, po pravilu neregulisanim i visokorizičnim. Dinamičnost promena i inovativnost su oduvek imanentni tržištu kapitala, ali nove tehnologije i veštačka inteligencija menjaju svet. One nose sobom neslućene razvojne mogućnosti ali i ništa manji rizik.

<sup>2</sup> Etičko ponašanje na finansijskim tržištima je fundament uspeha i profesionalci moraju da poštuju najviše standarde. Videti *IOSCO Model Code of Ethics, Code of Ethics and Standards of Professional Conduct CFA Institute, CISI Code of Conducts* i dr. Postoje i autori koji smatraju da problem nije u savesnosti učesnika već u samom tržištu odnosno u samoj prirodi novca i pravilima i tehnikama finansijske prakse. V. John Hendry, "Ethics in Finance: Why is it such a problem", *The European Financial Review*, October 2015, str. 3.

<sup>3</sup> Michael J. Kirkwood, "Foreword", *Integrity at Work in Financial Services, Securities and Investment Institute*, London, 2007.

<sup>4</sup> Hans-Ulrich Kupper, "Business Ethics in Germany: Problems, Concepts, and Functions", *SSOAR Open Access Repository*, str. 258.

<sup>5</sup> Svakako etiku ne bi trebalo posmatrati kao čarobni instrument koji će otkloniti sve nesavršenosti tržišta jer se svakako radi o sistemskom pitanju. V. o izvorima globalne krize u: Janis Varufakis, *Globalni minotaur*, Profit, Beograd, 2015.



## TRŽIŠTE KAPITALA I ETIČKE VREDNOSTI

Tržište kapitala je kompleksan prostor ispunjen interakcijom licenciranih i nelicenciranih učesnika. Svoju primarnu funkciju ostvaruje ukoliko obezbeđuje slobodno i efikasno kretanje “čistog” kapitala. Poput drugih tržišta, čak i izražene, izloženo je potresima i različitim oblicima destruktivnog delovanja. Koncept ostvarenja javnog interesa, podrazumeva da Komisija za hartije od vrednosti, tužilaštvo, sudovi i drugi organi efikasno rade, ali uspeh zavisi od ljudskih i materijalnih kapaciteta tih institucija. Stabilnost tržišta zahteva da se različiti interesi uravnoteže unutar regulatornog i etičkog okvira. To se ostvaruje kroz delovanje tržišnih sila i intervencijom nadležnih institucija. Mogućnost da primarni i sekundarni promet hartija od vrednosti realizuje svoju privrednu i društvenu ulogu i potvrdi svoj značaj za ekonomski razvoj, zavisi od prisustva jednog ključnog faktora, a to je poverenje. Danas je ono poljuljano ne samo na srpskom tržištu kapitala, koje je usko, plitko i nelikvidno, već i na mnogo razvijenijim tržištima. Upravo takvo stanje je jedan od ključnih podsticaja za primenu sistema poštovanja etičkih vrednosti kako bi se vratilo i učvrstilo poverenje. Njega je moguće izgraditi i održavati samo ukoliko su svi učesnici čvrstog integriteta, poštenu i pravičnu, a prema drugima se odnose s poštovanjem<sup>6</sup>. Ostavimo otvorenim pitanje da li je bazični moto finansijskih tržišta “reč koju sam dao je za mene zakon” ugrožen od strane nove krilatice “ne brini sine, svi to rade”. Nepoverenje u tržište kapitala je izražen problem pa je potreba i zahtev za poštovanjem visokih etičkih principa sve prisutnija.

## PRAVO I MORAL: SLOVO I DUH ZAKONA

Tržište kapitala karakteriše obilje regulative, odnosno čvrst pravno institucionalni okvir u kome dominiraju imperativne norme. Pomenuli smo obavezu državnih organa da svojim delovanjem obezbede bazične zahteve za odgovornošću, transparentnošću i pravičnošću u postupanju, kao i da očuvaju efikasnost i stabilnost tržišta. Ostvarenje tih ciljeva zavisi od sposobnosti relevantnih institucija da pruže visokostručan, moralan i profesionalan rad i sačuvaju svoju samostalnost, nezavisnost i objektivnost.

Naš pravni sistem u ovom trenutku oblikuju zahtevi harmonizacije s *acqui communautaire*. Važno je razumeti da donošenje i primena tih normi donosi značajne društveno-ekonomske posledice. Neophodno je da se u svetlu vrednosnih

---

<sup>6</sup> Etika apeluje da uvažimo interes drugih i budemo odgovorni prema njima. Rože Pol Droa, *Etika objašnjena svima*, Geopoetika, str. 88.

sudova sagledaju sve posledice konkretnog slova zakona pre donošenja. Etički principi čine prizmu kroz koju bi se morale sagledavati pravne norme prilikom pravljenja propisa, njihovog tumačenja i primene. Pravne norme su slovo zakona, a etičke vrednosti njegov duh.<sup>7</sup> Upravo je uloga Komisije za hartije od vrednosti od primarnog značaja u kreaciji podzakonskih propisa, tumačenju i primeni u smislu da se ostvari mekši prelaz na nove zahteve i usaglase mogućnosti tržišta i potreba za pravnom sigurnošću<sup>8</sup>.

Pravni akti sami po sebi u svojim normama inkorporiraju minimum moralnih zahteva. Poseban pisani akt koji sadrži etičke norme i usmerava ponašanje subjekata ka moralno prihvatljivom je etički kodeks<sup>9</sup>. On je važan orijentir kako za svakodnevne aktivnosti unutar kompanije, tako i za odnose sa subjektima iz okruženja. Kodeks ujedno predstavlja polaznu osnovu u edukaciji zaposlenih i izgradnji korporativne kulture<sup>10</sup>. Ukoliko je donet pro forme i ne primenjuje se, nanosi veću štetu nego da ga nema. Ekonomski gledano dobra regulativa i etičnost u ponašanju trebalo bi da rezultiraju boljim finansijskim performansama, kvalitetnijim upravljanjem rizikom i boljom reputacijom na tržištu.

#### ETIČKA (NE)KULTURA

Uslov za uspostavljanje i održavanje korporativne kulture je da zaposleni razumeju značaj poštovanja visokih etičkih principa i da budu adekvatno obučeni za njihovu primenu u svakodnevnom radu. Učesnik na tržištu kapitala (poslovni subjekt ili državni organ) mora imati izgrađen i čvrst sistem koji obezbeđuje usaglašenost ponašanja s usvojenim vrednostima. Vrednost sistema, čiji je temelj etički kodeks, ispoljava se u efikasnoj i stalnoj primeni od vrha hijerarhije odgovornosti naniže<sup>11</sup>. Reč je o suptilnom mehanizmu ugradnje tih vrednosti

<sup>7</sup> David Lascelles, "A Call to Ethics", *Integrity at Work in Financial Services, Securities and Investment* Institute London, 2007, str. 2.

<sup>8</sup> Ovdje se misli na potrebu da se izbegnu nagli potresi i da se ostvari ravnoteža između zahteva propisa koje usvajamo i postojećeg stanja na tržištu uključujući i alternativne investicione oblike (*crowd funding, business angels* i dr.).

<sup>9</sup> Primera radi *CISI (Chartered Institute for Securities & Investment) Code of Conduct* uspostavlja etičke obaveze finansijskim profesionalcima koje imaju prema klijentima, regulatoru, konkurenciji, tržištu, profesiji i društvu. One obuhvataju poštovanje principa poštenja, otvorenosti, transparentnosti i pravičnosti i dr.

<sup>10</sup> U složenijim entitetima sa više zaposlenih poželjno je imati lice odgovorno za funkcionisanje etičkog sistema (e. *chief ethics officer*). Takođe treba pomenuti etičke komitete kao deo sistema korporativnog upravljanja.

<sup>11</sup> Ukoliko nema korporativne kulture lako se sklizne u destrukciju primenom načela "cilj opravdava sredstva" tako da se podstiče neetično ponašanje i ono postaje uslov napredovanja un-

u različite oblike svakodnevne aktivnosti<sup>12</sup>. Pun efekat kultura etičnosti postiže kada subjekti na tržištu kapitala razumeju njen značaj, prihvate je i koriste kao važan uslov uspeha, jer više etike znači manje eksternih pritisaka. Organizovanje poslovnih učesnika kroz samoregulatorna tela i postojanje adekvatne autonomne regulative, rezultira višim stepenom poverenja i manjim mešanjem regulatora. Konkretno, to znači više etičkih a manje pravnih normi, niže troškove usaglašavanja, manje vanrednih kontrola Komisije za hartije od vrednosti, ređe disciplinske i sudske sporove i dr. Napor uložen u izgradnju sistema korporativne kulture dugoročno nagrađuje: poverenjem investitora, privlačenjem najkvalitetnijih kadrova, pozitivnijim stavom opšte javnosti i dr. Održavanje efektivnosti sistema podrazumeva stalno praćenje prisustva indikatora koji ukazuju na rizik od nepoštovanja etičkih vrednosti. Primera radi pokazatelj da zaposleni te principe doživljavaju samo kao masku za javnost, da njihovo poštovanje doživljavaju kao smetnju a ne put ka uspehu, da postoji slaba razmena informacija, da se neetična ponašanja prikrivaju i dr.<sup>13</sup>

#### (NE)ODGOVORNOST

Jasno određene pravne i moralne obaveze i prateća odgovornost učesnika na tržištu kapitala, bitna su komponenta u izgradnji poverenja. Obaveza poštovanja tih pravila odnosi se jednako na sve učesnike. Ipak tržišna realnost nedvosmisleno ukazuje na potrebu optimalne mere u zahtevima. Kapital je osetljiv na pritiske, a otvorena konkurentnost različitih tržišta kapitala u globalnoj ekonomiji, omogućava njegovu pokretljivost ka manje zahtevnim regulisanim tržištima ili alternativnim mogućnostima investiranja. Uprkos činjenici da svest o društvenoj odgovornosti i održivosti, kod donosilaca odluka kontinuirano evoluira, računati previše na tu svest u ovom momentu je daleko od realnog. Ipak zahtevi za ponašanjem u skladu s visokim etičkim principima su takođe realnost, sve su snaž-

---

utar firme. Da postoje takvi slučajevi u značajnom broju i u razvijenim tržišnim privredama pokazalo je istraživanje sprovedeno u SAD. V. Daniel Mminele: Ethics in finance and financial markets. <https://bis.org> 23.04.2019.

<sup>12</sup> Praksa pokazuje da je to posebno složen zadatak u holdinzima i multietničkim kompanijama koje posluju u više zemalja. Tamo se prepliću uticaji različitih vrednosnih principa. Problem se rešava uz pomoć specijalista za etički menadžment koji pokrivaju sve segmente tog kompleksnog poslovnog sistema. Ti takozvani ambasadori etičnosti vrše tu značajnu funkciju održavanja sistema poštovanja etičkih vrednosti kompanije svuda gde je ona prisutna.

<sup>13</sup> Simon Webley, "Towards a Corporate Ethical Culture", *Integrity at Work in Financial Services*, Securities and Investment Institute London 2007, str. 77.

niji, obavezniji, i dolaze iz više izvora, prevashodno stranih<sup>14</sup>. U etičkom smislu poželjan viši nivo odgovornosti predstavlja kvalitativan pomak sa stanovišta “radim ono što je u skladu s pravnim propisima” na “radim ono što je u skladu sa pravnim propisima i što je dobro”. U konkretnoj situaciji odgovor na pitanje šta je dobro formira se na osnovu opštih etičkih vrednosti sadržanih u kodeksu, a u kompleksnijim situacijama kroz konsultacije sa stručnim licem (komitet za etička pitanja). Jedno od rešenja predstavlja model koji primenjuje Institut CFA (*Chartered Financial Analyst*). Od članova i kandidata za člana ove profesionalne organizacije finansijskih analitičara, traži se najviši nivo profesionalnosti i poštovanja propisanih etičkih standarda pod pretnjom oduzimanja statusa člana.<sup>15</sup> Da li i kako to funkcioniše i u našoj praksi bilo bi korisno istražiti. Za brokere, investicione savetnike i portfolio menadžere bilo bi važno postojanje samoregulatornog tela koje usmerava i disciplinuje njihovo ponašanje i kada je to potrebno sankcioniše i na prirodni i efikasniji način uklanjanja “trulu jabuku”.

#### KLJUČNI IZAZOVI

Oblici najgrubljeg kršenja pravnih i etičkih normi koji su sankcionisani krivičnim zakonodavstvom (manipulacije, pranje novca, prevare, zloupotreba poverljivih informacija i dr.<sup>16</sup>), kao nesporni ostaju izvan fokusa rada, a pažnja se usmerava ka nekim zakonitim poslovnim transakcijama i odlukama koje po pravilu nose etičke izazove. U tu kategoriju spada preuzimanje kompanija (e. *take-over*) kao jedno od glavnih izvorišta etičkih dilema. Zamisljeno kao dobar instrument korporativnog upravljanja usmeren ka disciplinovanju uprave društva i maksimizaciju poslovnih rezultata, preuzimanje nosi sa sobom rizik destrukcije i neetičkog odnosa prema brojnim nosiocima interesa (stejholderi). Na pri-

<sup>14</sup> Interesantan primer predstavlja pokušaj da se profesionalci u finansijskoj industriji, poput lekara koji se obavezuju Hipokratovom zakletvom, svečano obavežu da će poštovati konkretno navedene visoke etičke vrednosti. Videti kao primer zakletvu koju polažu članovi nadzornog i upravnog odbora *ABN AMRO Bank N.V.* Kada su investitori u pitanju etičnost kao obaveza podrazumeva ulaganje samo u kompanije i projekte koji su u skladu s dopuštenim ekološkim i društvenim rizicima, kao što je to predviđena na primer Ekvatorskim principima. Ostale etičke izazove za investitore videti na *The Ethics of Investing* <https://www.investopedia.com>, 23.04.2019.

<sup>15</sup> Ne samo da nije prihvatljivo kršenje pravila kodeksa usled koristoljublja, već ni strah od gubitka posla usled neprihvatanja naloga pretpostavljenog koji nije u skladu s etičkim vrednostima sadržanim u kodeksu.

<sup>16</sup> Primera radi videti analizu etičkog aspekta krivičnog dela pranja novca u *Case Study: Deutsche Bank Money Laundering Scheme* 2017 <https://sevenpillarsinstitute.org>, 21.04.2019, kao i slučaj insajderske trgovine *Insider Trading in Japan: Nomura Case* 2018. <https://sevenpillarsinstitute.org>, 21.04.2019.

mer interes zaposlenih je ugrožen usled mera otpuštanja radi smanjenja troškova u postupku reinženjeringa u cilju preprodaje kompanije i dr.)<sup>17</sup>.

Poslednja globalna finansijska kriza jasno je ukazala na još jedan fenomen koji ima izraženu etičku dimenziju. Reč je o transakcijama koje su usmerene na kratkoročne efekte i trenutnu individualnu korist bez sagledavanja šireg konteksta koji obuhvata više subjekata i dugoročne interese<sup>18</sup>. Takvi poslovni potezi su nesumnjivo štetni za tržište kapitala, a etički pristup zahteva od donosilaca odluka sposobnost sagledavanje obima i dalekosežnosti posledica. Pristup te vrste donosi korist kako za investitore, kompanije i zaposlene tako i za najširu društvenu zajednicu.

Sistem utvrđivanja i visina varijabilne naknade (bonusi) za menadžere često su u neskladu sa etičkim vrednostima i uzrok negativnog stava javnosti prema finansijskom sektoru. Iako taj oblik podsticaja ima ekonomsko opravdanje, kao način da se privuku i zadrže najposobniji stručnjaci, potrebno je sagledati i negativne efekte i naći način da se ublaži neblagonaklon stav šire društvene javnosti. Jedno od rešenja koje se predlaže oslanja se na etičku edukaciju menadžmenta, u smislu da razumeju da uspeh pored individualne koristi ima i širu društvenu dimenziju. Primera radi usvajanje etičkih vrlina bi moglo da se ispolji na način da visoke naknade koje dobiju menadžeri kao rezultat tržišnog uspeha kompanije, u prihvatljivoj meri vrate društvu, kroz različite oblike davanja onima koji su manje uspešni, a sredstva su im neophodna. Tako bi uspeh i ugled na tržištu kapitala imali nov, dublji i humaniji smisao.

## VEŠTAČKA INTELIGENCIJA

Stalna tehnološka unapređenja u prikupljanju, obradi i distribuciji podataka kao i donošenju odluka, prirodna su potreba tržišta kapitala. Proces je nezauzavljiv, a veštačka inteligencija i mašine koje uče, najavljuju nove pomake i neverovatne konceptualne promene u prostoru regulisanih tržišta i alternativnoj investicionoj ponudi. Nesporan je njihov potencijal za bolje procene, efikasniju interakciju, kvalitetne proizvode i vraćanje poverenja u učesnike i tržište.<sup>19</sup> Dale-

---

<sup>17</sup> D. Lascelles, "A Call to Ethics", *Integrity at Work in Financial Services, Securities and Investment* Institute London, 2007, str. 6.

<sup>18</sup> Daleko pre globalne finansijske krize iz 2008. na potrebu long-term fokusa ukazano je u SAD još 1993. Remarks of Carter Beese, The Role of Ethics in Protecting the U.S. Capital Markets, AIMR Conference on Ethics, [www.sec.gov.us](http://www.sec.gov.us), 23.04.2019.

<sup>19</sup> Capital Markets has Always been a Primarily Digital Industry with an Appetite for Innovation <https://accenture.com>, 28.04.2019.

kosežnost i obim tih promena se ne može ni naslutiti, a neki teoretičari ističu da se radi o kritičnom trenutku i potencijalu za promenu društveno-ekonomskog sistema. Ostaje da se vidi kojim će putem čovečanstvo, a izbor će, čini se, biti napravljen između digitalnog kapitalizma i digitalnog demokratskog socijalizma.<sup>20</sup> Sigurno je da se, bez obzira na izbor, otvara ogroman broj pitanja od uticaja na tržište kapitala. Ona se odnose na preraspodelu društvenog bogatstva, pretnju masovne nezaposlenosti čak i visokokvalifikovane radne snage, problem poštovanja ljudskih prava i osnovnih etičkih vrednosti<sup>21</sup>, bezbednosne rizike i dr.

### ZAKLJUČAK

Poštovanje visokih etičkih vrednosti na tržištu kapitala nesumnjivo je uslov bez koga se ne može. Učestvovanje u zahtevnoj i oštroj konkurentskoj borbi na globalnim tržištima traži integritet i od lokalnog tržišta i od učesnika i postojeće mehanizma koji obezbeđuje ravnopravnost, pošteno, pravično, transparentno i stabilno poslovanje. Osnov poverenja na tržištu kapitala i prisustvo dugoročne i čiste investicione aktivnosti je izgrađena kultura etičnosti i ravnoteža interesa. Visokoregulisanoj oblasti tržišta kapitala, pored tih imperativnih normi koje čine slovo zakona, neophodne su etičke norme kao duh tih propisa, čime investiciona aktivnost dobija pun smisao u svetlu društvenih vrednosti. Primena etičkih principa je neophodna kako u postupku kreiranja regulative, tako i u tumačenju i primeni normi na konkretne životne događaje. Pravno institucionalni okvir je deo šireg etičkog konteksta u kome se zahtev za obaveznim poštovanjem pravnih normi proširuje dodatnim kvalitetom da ono što radimo bude dobro za što širi krug subjekata. To je posebno važno u nekim poslovnim odnosima koji su se u praksi pokazali kao izvorište ozbiljnih etičkih dilema, kao što su poslovi preuzimanja akcionarskih društava, način utvrđivanja i visina varijabilne naknade menadžmentu (bonsusi), transakcije kratkoročne orijentacije, indirektna ulaganja u kompleksne finansijske instrumente (derivati) i dr. Posebnu pažnju i etičke (svakako i brojne druge) izazove nose sa sobom tehnološke promene i korišćenje veštačke inteligencije koja ubrzano menja klasična tržišta kapitala i rađa alternativne oblike investiranja.

<sup>20</sup> Feng Xiang, AI will spell the end of capitalism, *The Washington Post*, May, 3, 2018.

<sup>21</sup> Osnovna etička pitanja se tiču samih podataka (na primer predrasude na kojima je zasnovano prikupljanje i oblikovanje) i razumevanja i kontrole veštačke inteligencije (na primer transparentnost načina na koji je doneta konkretna odluka). Consideration on the Ethical Use of AI in Capital Markets-Fintech 2019 <https://www.fintech2019>, 22.04.2019.

PREDRAG DEDEIĆ, Ph.D.,  
Independent Consultant

ETHICS IN THE CAPITAL MARKETS:  
OXYMORON OR CONDITIO SINE QUA NON

Summary

The motivation for this article grows from the need to analyse the role and importance of ethics in the capital markets. The opinion that ethics at capital markets is oximoron is opposed to the opinion that it is a conditio sine qua non of capital markets. The road to financial crisis is tiled with lack of knowledge, morality and responsibility. Ethical frame is wider than legal and it encompasses moral values used through the process of creation, interpretation and application of law. Effective application of ethical values ask for identification of areas of capital market that are critical from ethical point of view and right solutions. For example in a practice such a situation is with take-overs, bonuses to top managers, short selling, indirect investments (derivatives), etc. It is important to build ethical culture within all subjects participants in the capital markets and to have the system to establish and maintain the responsibility from the top of the firm to all employees. The new technologies and artificial intelligence are changing market very fast and the participants are facing a lot of new ethical challenges.

*Key words:* ethics in finance, ethics in capital markets, culture of ethics, artificial intelligence





MARKO DIMITRIJEVIĆ

## NOVE REGULATORNE NADLEŽNOSTI EVROPSKE CENTRALNE BANKE U EVROPSKOM MONETARNOM PRAVU

*Predmet analize u ovom radu jeste identifikovanje i analiza novih regulatornih nadležnosti Evropske centralne banke (ECB) u domenu monetarnog prava Evropske unije (EU), prevashodno u segmentu koji se tiče njenih nadležnosti u okviru tzv. drugog stuba bankarske unije kao posebnog koordinacionog mehanizma bankarske politike, relativiziranja zabrane kolektivnog dejstva za javni dug i preventivnih inicijativa usmerenih na sprečavanje pranja novca. Takođe, predmet naročite pažnje autora jeste utvrđivanje konsekvenci realizacije procesne legitimacije ECB koje su redefinisale način poimanja njenih regulatornih nadležnosti u praksi. U prvom delu rada ukazuje se na tradicionalni regulatorni okvir ECB de lege lata, dok se u daljem tekstu razmatraju pravna dejstva mera koje ECB primenjuje na poslovanje banaka u čijem se radu uočava postojanje visokog rizika, kao i inicijativa za formiranje posebne kancelarije ECB za borbu protiv pranja novca. Utvrđivanje optimalnog normativnog okvira u monetarnom zakonodavstvu uz jasno razgraničenje nadležnosti unutar postojeće organizacione strukture ECB, prema mišljenju autora, jeste conditio sine qua non sprečavanja zloupotrebe bankarskog sistema, očuvanja monetarne stabilnosti i prava monetarnih korisnika.*

*Ključne reči: Evropska centralna banka, jedinstveni nadzorni mehanizam, monetarno pravo, monetarna stabilnost, monetarna jurisdikcija*

---

Dr Marko Dimitrijević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2019.

## U V O D

U okolnostima globalne finansijske krize došlo je do kvalitativne evolucije uloge ECB koja kao čuvar monetarnog suvereniteta i finansijskog legitimiteta u Evropskoj ekonomskoj i monetarnoj uniji (EMU) mora aktivno učestvovati i u suzbijanju finansijskog kriminaliteta. Osnovni (klasični) zadaci ECB su do zapravo sada bili zadaci Evropskog sistema centralnih banaka (ESCB), s tim što se ECB kao odlučujući organ Evrosistema stara o implementaciji jedinstvene monetarne politike, raspoláže regulatornom moći i u skladu sa tim ima ovlašćenje da izriče finansijske sankcije. Ipak, na ovom mestu moramo imati u vidu činjenicu da se nadležnost ECB ne može posmatrati kao *statička kategorija*, jer se u praksi neretko morala modifikovati aktuelnim prilikama (krizama) i pritom dobijala nove dimenzije utvrđene aktima sekundarne legislative (koji su ponekada protivurečni sa odredbama primarnog monetarnog prava). Regulatorne nadležnosti ECB nisu definitivno zaokružene zbog čega se moraju sagledavati realno, van sadašnjih zakonskih rešenja i od strane evropskog monetarnog zakonodavca uobličavati tako da uvek ostane dovoljno manevarskog prostora za sticanje nekih novih ingerencija koje su u kriznim momentima neophodne za stabilizaciju monetarnog i finansijskog sistema. Nove aktivnosti usmerene na suzbijanje prilika za vršenje finansijskog kriminaliteta, puna realizacija aktivne i pasivne procesne legitimacije (monetarnopravni sporovi) to najbolje potvrđuju, jer je do nedavno pozicija ECB na ovom mestu bila tek *sekundarna (posredna)*, ali postaje jasne naznake za koncentracijom novih nadležnosti usled kojih će ECB postati daleko aktivnija na tom planu (mislimo na sferu monetarnog, ne krivičnog prava EU).

ECB se u velikoj meri javlja kao politički nezavisna institucija, čiji rad podleže konceptu procene demokratske odgovornosti što je preduslov optimalne implementacije politike suzbijanja finansijskog kriminaliteta u praksi. Odgovornost ECB se ovde tumači u širem značenju i odnosi se ne samo na pitanje mandata ECB, već i na konkretne postupke koje preuzima radi realizacije ciljeva jedinstvene monetarne politike. Shodno tome ističe se da odgovornost ECB ima tri dimenzije: 1) odlučivanje o definisanju ciljeva zajedničke monetarne politike i njihove hijerarhije; 2) objavljivanje stvarne monetarne politike i 3) utvrđivanje finalne odgovornosti za akcije monetarne politike.<sup>1</sup> Čuvar kooperativnog monetarnog suvereniteta u takvim okolnostima (barem na primeru EMU), postaje Evropska centralna banka kao vrhovna monetarna institucija sa preko potrebnim kapacitetom da zaštiti sva pravna ovlašćenja koja proizilaze iz njegove strukture (naro-

<sup>1</sup> Jakob D. Haan et Al., *The European Central Bank-Credibility, Transparency and Centralization*, CESifo Book Series, Frankfurt, 2005, p. 220.

čito, komponente *lex cudenate monetae*), a to najbolje govori o uticaju koji banka ostvaruje u kreiranju postulata i očuvanju vrednosti evropskog monetarnog prava čiji je primarni tvorac, ali istovremeno i glavni adresat i tumač. Implementacijom svih akata koji dolaze iz domena regulatorne nadležnosti ECB ostvaruje se snažna operativna i logistička podrška u kompleksnom i ponekad kontroverznom procesu popunjavanja praznina u oblasti primarnih i sekundarnih izvora evropskog monetarnog prava i ujedno definiše opšti pravac odvijanja bankarskih poslova koji je usklađen sa tekovinama komunitarnog prava.<sup>2</sup> Mesto ECB u bankarskoj uniji, saradnja sa Evropskom upravom banaka i nove nadležnosti u sferi očuvanja finansijske stabilnosti (tačnije, nove funkcije u oblasti kolektivnog jemstva za javni dug) posredno su usmerene i na zaštitu monetarnog suvereniteta u EMU za koji ne možemo reći da je prestao da postoji, već samo konstantovati potvrdu tendencije njegove evolucije u model *sui generis* "udruženog suvereniteta", čije dinamičke i pozitivne komponente pronalazimo u legalitetu i legitimitetu regulatornih akata ECB koji uživaju sudsku zaštitu.<sup>3</sup>

#### KRATAK OSVRT NA KONCEPT FUNKCIONALNE NEZAVISNOSTI ECB I GENERALNE NADLEŽNOSTI U BANKARSKOJ UNIJI

Efikasno evropsko monetarno pravo se ne može zamisliti bez garantovanja nezavisnog položaja ECB koji se definiše na *negativan način*, kao obaveza država da se uzdrže od izdavanja instrukcija i naloga i kao obaveza ECB da na direktan ili indirektan način traži ili prima naloge od strane država članica ili drugih institucija EU.<sup>4</sup> U tom kontekstu se polazi od premise da u savremenom demokratskom društvu nacionalno predstavničko telo snosi konačnu odgovornost za rezultate monetarne politike, jer upravo parlament usvaja zakone po kojima cen-

---

<sup>2</sup> Marko Dimitrijević, Srđan Golubović, "Evropska centralna banka i monetarni suverenitet", *Pravni život*, br. 11, Tom 3, Beograd, 2017, str. 485–498.

<sup>3</sup> Marko Dimitrijević, "Monetarni suverenitet u uslovima globalizovanih ekonomskih i finansijskih tokova", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Br. 79, Niš, 2017, str. 500–511.

<sup>4</sup> Međutim, ovu garanciju ne treba shvatiti u smislu postojanja apsolutne zabrane komunikacije ECB sa drugim institucijama i saradnjom sa nacionalnim bankama, koja ne samo da nije zabranjena i štetna, već je poželjna i korisna u ujednačavanju monetarnih politika članica evrozone. U razmatranju nezavisnog položaja ECB u monetarnopravnoj teoriji se postavlja pitanje da li bi je trebalo posmatrati kao nezavisnu specijalizovanu organizaciju komunitarnog prava imajući u vidu činjenicu da sve veći broj teoretičara monetarnog prava podržava tezu o tzv. *sopstvenom (autonomnom)* pravu ECB koje postoji izvan okvira komunitarnog prava EU. Chiara Ziloly, *Law of ECB*, Oxford University Press, 2011, pp. 1–20.

tralna banka organizuje svoj rad i manifestuje nadležnost.<sup>5</sup> Shodno tome, parlament može derogirati (abrogirati) zakone koji određuju nadležnost banke kao reakciju na određene mere koje je banka preduzela. Sa aspekta ekonomske analize prava ova veza odgovara postavci principal-agent problema i fenomenu asimetrije informacija do koje dolazi u realizaciji prenetih ovlašćenja (u ovom slučaju sa parlamenta na centralnu banku).

Ipak, na ovom mestu se moramo saglasiti sa stavovima autora koji smatraju da različite ingerencije ECB i Zajednice nisu kompaktilne za poređenje zbog čega nema mesta primeni pomenute postavke.<sup>6</sup> ECB zajedno sa Međunarodnim monetarnim fondom (MMF) jeste primarni subjekat međunarodnog i evropskog monetarnog prava, gde se dileme u vezi sa (ne)postojanjem nadležnosti za usvajanje određenih akata, odnosno, sve učestaliji monetarni sporovi okončavaju u njenu korist što potvrđuje tezu da ECB nikako ne može biti agent Evropskog parlamenta u realizaciji centralizovane monetarne politike, već naprotiv *actor primus*.<sup>7</sup> U slučaju EMU većina autora navodi da je jednostranost u prenošenju monetarnog suvereniteta realizovana bez kontekstualnog transfera legislativnih i regulatornih ovlašćenja. Tu činjenicu najbolje ilustruje centralizacija monetarne politike na komunitarnom nivou i finansijska supervizija koju i dalje vrše nacionalne centralne banke. Polemike koje se na tom planu vode nastaju iz razloga što je *lex monetae* prenet na nivo EMU, ali je njegova struktura veoma široka, pa tako obuhvata i superviziju platnog prometa (što bi se u najužem smislu trebalo podvesti pod strukturu nacionalnog *lex obligationis*), koja ostaje na nivou država članica EMU, ali je činjenica da je nacionalni manevarski prostor (barem u segmentu monetarne politike i politike upravljanja javnim dugom) značajno reduciran.<sup>8</sup>

Institucionalna nezavisnost centralne banke zajemčena je i ustavom, te je prenošenje takve koncepcije iz nacionalnog u nadnacionalno monetarno pravo sasvim logično. Međutim, u svim ustavnim tekstovima potvrđuje se samo *institucionalna*, a ne i *funkcionalna* nezavisnost centralne banke, za koju *Gudhart* (*Godhart*) ističe da se u budućnosti mora eksplicitno utvrditi i aktom najviše pravne

<sup>5</sup> Fabian Amttenbrink, Jakob De Haan, "The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law – A comment", *Common Market Law Review*, Vol. 39, 2002, pp. 65–76.

<sup>6</sup> Chiara Zilioly, Martin Selmayr, "The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law?", *Common Market Law Review*, Vol. 37, 2000, pp. 591–644.

<sup>7</sup> Tumačenjem odluke Evropskog suda pravde u slučaju OMT (2015) to se nedvosmisleno potvrđuje.

<sup>8</sup> Noah Vardi, *The Integration of European Financial Markets: The Regulation of International Monetary Obligations*, Routledge-Covendish, Taylor and Francis Group, London & New York, 2011, pp. 114–115.

snage.<sup>9</sup> *Glavni argumenti* takvog shvatanja polaze od potrebe da se smanji uticaj političkog faktora u zadovoljavanju javnih potreba građana, ali uz istovremeni doprinos centralne banke prethodno utvrđenim ciljevima na terenu javnih usluga (konkretno ovde se radi o cenovnoj stabilnosti). *Dopunski argument* odnosi se na činjenicu da sve zakone u jednoj državi kreiraju legislativna i izvršna vlast, ali potencijalni problem može nastati kada je izvršna vlast dominantna u odnosu na legislativnu, pa se za pravni imperativ postavlja široko postavljena sudska vlast koja uspostavlja balans između ovih oblika vlasti. Takođe, ustavno utemeljenje funkcionalne nezavisnosti je neophodno, jer centralna banka sve više evoluira u uslovima globalizovanih ekonomskih tokova, pa svoj doprinos pruža i u održavanju opšte finansijske stabilnosti (što nikada nije bio njen primarni cilj), zbog čega se danas može posmatrati i kao poseban fiskalni agent. Iako se broj i sadržina ciljeva za koje centralne banke danas imaju ingerencije usložnjava, ne možemo reći da između njih postoje konkurentski odnosi i nema mesta bilo kakvom *trade-off(u)*, jer između pomenutih ciljeva, *prema našem mišljenju*, postoji samo odnos komplementarnosti, a ne odnos isključivosti. Ovakva tendencija je posebno uočiva na primeru ECB, koja slično kao i MMF kreira sopstveno pravo koje osnov ima u sekundarnom zakonodavstvu, gde je jasno uočiva i njena nadležnost na terenu opšte fiskalne politike. U vezi sa tim, moramo imati u vidu i delovanje centralne banke u ulozi tzv. *poslednjeg zajmodavca* (bez obzira na zakonsku zabranu monetizacije duga), što takođe, implicira i njeno delovanje na terenu politike upravljanja javnim dugom, koja više nije konstitutivni segment, niti monetarne, niti fiskalne politike, već samostalan i izuzetno razvijen poseban podsistem opšte ekonomske politike.

Pravni osnov nastanka bankarske unije jesu članovi 114. i 127. stav 6. Ugovora o EU. Struktura bankarske unije bazira se na *tri stuba*: a) Jedinstvenom nadzornom mehanizmu (eng. *Single Supervisory Mechanism*); b) Jedinstvenom sanacijskom mehanizmu (eng. *Single Resolution Mechanism*) i v)povezanim mehanizmima finansiranja koji obuhvataju Jedinstveni fond za garantovanje depozita (eng. *Common Deposit Guarantee Fund*), sistem osiguranja novčanih depozita (eng. *Single Occurrence Deposit*) i zajednički zaštitni mehanizam (tzv. kreditnu liniju).<sup>10</sup> Stvaranjem kompletne bankarske unije uklonili bi se svi nedostaci nacionalnog nadzora nad radom banaka što istovremeno implicira i stabilnost ban-

---

<sup>9</sup> Charles Goodhart, "The Constitutional Position of Central Bank", in: *Monetary Policy and Unemployment: the US, Euro-Area and Japan* (ed. by Willi Semmler), Routledge, Taylor & Francis Group, 2005, pp. 206–215.

<sup>10</sup> Marko Dimitrijević, "Bankarska unija: Pravni domašaj Jedinstvenog nadzornog mehanizma i Jedinstvenog sanacionog mehanizma", *Pravni život*, br. 11, Tom III 3, Beograd, 2016, str. 473–487.

karskog sistema i stabilnost javnih finansija država članica. Postoje *dva* aspekta ove veze koji se ogledaju u zahtevu za zaštitom relevantnih državnih fondova od finansijskih pritisaka koji dolaze usled restrukturiranja insolventnih banaka i istovremeno zaštite banaka od zahteva za kreditiranjem fiskalnih (budžetskih) deficita.<sup>11</sup> Upravo problem monetizacije deficita može biti otklonjen centralizacijom bankarske politike na nadnacionalnom nivou.

Naravno, pogrešno bi bilo smatrati da bi stvaranjem bankarske unije došlo do uklanjanja kreditnih pritisaka, ali bi ECB u takvim okolnostima mogla zahtevati smanjenje investicija u strukturi nacionalnog duga ukoliko to proizvodi određene implikacije na prudencijalne rezerve (što se inače i desilo u *Grčkoj*).<sup>12</sup> Takođe, pojedini autori smatraju da bi, ukoliko bankarska unija zaživi (u punom značenju te reči) bio pružen značajan doprinos u rešavanju problema koji se javljaju u realizaciji funkcije banke poslednjeg utočišta, jer predstavnici *Nemačke* striktno insistiraju na tome da ECB ne može obavljati ovu funkciju (kao što ne mogu ni nacionalne centralne banke). Ipak, u praksi se ustalio običaj da je finansijsko spašavanje insolventnih banaka izvan mandata ECB, ali odredba o hitnoj podršci likvidnosti koja se realizuje kroz saradnju nacionalnih centralnih banaka govori drugačije (što *de facto* jeste izraz šireg tumačenja nadležnosti ESCB).

Jedan od temeljnih razloga koji opravdavaju evropsku bankarsku uniju jeste produbljivanje funkcija jedinstvenog tržišta koje predstavlja centar ekonomske i političke unije. Ukoliko zakonodavac uspe u nameri da stvori jedinstvena pravila za rad i sanaciju banaka na celom području EU, nacionalni supervizori ipak moraju zadržati određena ovlašćenja. Upravo ta polarizacija u vršenju nadzora (koja ne podrazumeva sistem podeljene odgovornosti u uobičajenom smislu), hipotetički može uticati na pojavu konkurencije između nacionalnih centralnih banaka koja može imati štetne efekte na postignute rezultate zbog čega ECB mora koordinisati njihov rad i na tom polju.

Stvaranjem uslova za rad *Jedinstvenog nadzornog mehanizma* (JNM) kao inicijalnog koraka u denacionalizaciji banakarske politike u EU, ECB je u velikoj meri proširila svoju nadležnost u evropskom monetarnom pravu. JNM ostvaruje značajan uticaj na oblikovanje celokupnog finansijskog tržišta, što se posebno uočava nakon izlaska *Velike Britanije* iz EU. Iako je ECB vrhovna monetarna institucija, njen rad je moguće ograničiti primenom određenih administrativnih principa, među kojima se posebno izdvaja princip institucionalne ravnoteže koji je usko povezan sa tzv. "*Meroni doktrinom*" (eng. meroni doctrine) o delegiranju

<sup>11</sup> Jench-Hinrich Binder, Christos V. Gorstos, *A European Banking Union: A Compendium*, C. H. Beck, Hart & Nomos, 2016, pp. 11–12.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

ovlašćenja koji određuje stubove i opseg institucionalne ravnoteže moći.<sup>13</sup> Princip institucionalne ravnoteže se nalazi u funkciji očuvanja relativne moći institucija nametanjem pravila da se svaka institucija mora ponašati shodno ovlašćenjima datim Ugovorom o EU, koja ne mogu biti pogođena ili ograničena radom drugih institucija. Ova doktrina je razvijena odlukom Evropskog suda pravde u presudi iz 1958. godine kada je odlučivao o (ne)dopuštenosti delegiranja ovlašćenja Visokoj vlasti Evropske zajednice za uglj i čelik. Sud je tom prilikom jasno utvrdio da prenošenje diskrecionih ovlašćenja načelno nije dopušteno ukoliko je na štetu realizacije koncepta opšte ekonomske politike. U sporu *Velike Britanije protiv Evropske uprave za obveznice i hartije od vrednosti*, Sud je konciznije objasnio primenu doktrine, navodeći da ona zabranjuje bilo kojoj instituciji EU da delegira svoja politička ovlašćenja kojima se oblikuje određeni politički sektor.<sup>14</sup>

Usvajanjem *Sporazuma o stvaranju Jedinstvenog nadzornog mehanizma* u evropskom monetarnom pravu konačno je stvoren sistem odgovornosti u bankarskom sektoru koji ima stvarne elemente političke, finansijske i systemske odgovornosti. ECB u tom sistemu jeste *primus inter partes* i radi zajedno sa predstavnicima nacionalnih centralnih banaka i revizorskih instanci zastupljnih u upravnom i savetodavnom odboru.<sup>15</sup> Ovakvim sistemom je rad ECB stavljen pod koherentniju sudsku kontrolu, kako nacionalnih, tako i nadnacionalnih instanci.<sup>16</sup> Primetno je da je ovom prilikom stvoren sistem odgovornosti koji se proteže dalje od onog koji je Ugovor o EU stipulisao, ali to ne mora nužno biti problematično (pogotovo u okolnostima dužničke krize). Iako je ovim sistemom predviđena saradnja sa nacionalnim subjektima bankarske politike i poslova iz domena revizije, nužno je da ECB sačuva svoju lidersku poziciju i da ne bude preglasavanja kad je reč o donošenju ključnih mera i strategija na terenu monetarne politike.

Mandatorno unošenje odredbe o dozvoljenosti finansijske podrške predstavlja veliku promenu u evropskom monetarnom pravu. Uspeh u primeni ove odredbe je uslovljen faktorima koji se tiču stepena predvidljivosti i stabilnosti pravnog rezultata koji je njenom primenom nastao.<sup>17</sup> Uspeh u primeni je uslovljen i dostignutim stepenom harmonizacije materijalnog stečajnog prava u EU,

---

<sup>13</sup> Klaus Lackhoff, *A Single Supervisory Mechanism, European Banking Supervision by the SSM: A Practitioner Guide*, C. H. Beck, Hart & Nomos, 2017, pp. 19–20

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Gijsbert Ter Kuile, Laura Wissink, Willem Bovenschen, “Tailor-Made Accountability within the Single Supervisory Mechanism”, *Common Market Law Review*, Vol. 52, 2015, pp. 155–190.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Karl-Philipp Wojcik, “Bail-In in the Banking Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 53, 2016, pp. 91–138.

kao i principom nepogoršavanja položaja dužnika u postupku sanacije banaka. Iz tog razloga je veoma značajno da se postupak sanacije sprovodi postepeno, planirano i transparentno, jer to kreira predvidljivost u preduzimanju pravnih akcija, pa samim tim stvara sigurnost u pogledu primene i rezultata očekivanih efekata mera finansijske podrške.

#### PROMENE U POIMANJU ZABRANE MONETIZACIJE JAVNOG DUGA

Supervizijska funkcija centralne banke bila bi izlišna u svetu slobodnog bankarstva, shvaćenog kao koncept u kome se banke tretiraju kao klasični tržišni subjekti na slobodnom tržištu i gde nema nikakvih pravnih i ekonomskih barijera za ulazak na tržište bankarskih usluga. Naime, u takvom scenariju jedina ograničenja bila bi ona postavljena od strane države (tj. vlade i parlamenta) kao bazičnog subjekta ekonomske politike u kontekstu realizacije principa likvidnosti, rentabilnosti i efikasnosti koji se inače moraju kumulativno ispuniti zarad njihovog uspešnog poslovanja.<sup>18</sup> Ipak, u sadašnjim ekonomskim prilikama prisustvo centralne banke na ovom tržištu garant je obezbeđenja koncepta vladavine prava i ispunjavanja funkcija finansijskog tržišta.

Evropska centralna banka je usled posledica evrokrize počela da obavlja i ulogu "banke poslednjeg utočišta" (eng. last bank resort). Koncept poslednjeg utočišta polazi od toga da centralna banka odobrava kredite svim institucijama koje imaju problema sa likvidnošću, tj. sposobnošću da namiruju svoje dospеле finansijske obaveze, ali pod određenim uslovima koji impliciraju da je: finansijska podrška (obično) namenjena bankama u cilju regulisanja njihove solventnosti i da finansijska podrška vremenski i sumarno nije ograničena i traje onoliko dugo koliko za to postoji opravdana potreba. Ipak, određeni penali u smislu zatezne kamate mogu biti naplaćeni u određenim slučajevima, i to preko zahteva centralne banke za polaganjem određenog vida zaloge od komercijalnih banaka i diskrecionoj oceni o (ne)odobravanju kredita na proceni konkretnih slučajeva.<sup>19</sup>

Pravni osnov ove nove funkcije ECB jeste čl. 127 (5) Ugovora o funkcionisanju EU koji utvrđuje uslovljenost monetarne politike i finansijske stabilnosti unutar EU, kao i čl. 14 Statuta ESCB, koji je u početku više imao ulogu zaštitne klauzule da osigura položaj nacionalnih centralnih banaka država koje participiraju u ESCB u slučaju problema sa likvidnošću, jer zbog ograničavanja monetarnog suvereniteta to mora rešavati ECB. S obzirom da je ovakvo postupanje protiv-

<sup>18</sup> Murray N. Rothbard, *The Mystery of Banking*, Ludvig Von Mises Institute, 2008, pp. 1–3.

<sup>19</sup> Armin Steinbach, "The Lender of Last Resort in the Eurozone", *Common Market Law Review*, No. 53, 2016, pp. 364–365.



no čl. 127 Ugovora, odnosno zabrani kolektivnog jemstva za finansijski posrnule države članice, u praksi može doći od ozbiljnog nerazumevanja. S tim u vezi se postavlja pitanje da li su mere finansijske podrške uopšte u sferi monetarne politike ili politike državne pomoći, odnosno politike finansijske supervizije za koju ECB nema ingerencije jer ona ostaje na nacionalnom nivou?<sup>20</sup> Danas je, ipak, jasno da ECB mora raspolagati svim potrebnim informacijama o stanju finansijskog sistema konkretne države i s tim u vezi ona mora obavljati pomenutu funkciju banke poslednjeg utočišta.<sup>21</sup>

Iako se u osnovi *saglašavamo* sa stavovima da ECB mora posedovati i pomenute nadležnosti, neophodno je da se u implementaciji tih novih ingerencija primenjuje *restriktivan* pristup i da ta funkcija ostane tek sekundarna. Potencijalne negativne posledice ekstenzivno praktikovanih ovlašćenja spasavanja finansijski posrnulih članica bi se ogledale u *moralnom hazardu*, tj. takvom ponašanju vlade i centralnih banka država članica koje bi svesne rizika namerno odstupale od kriterijuma utvrđenih jedinstvenom monetarnom strategijom i nepoštovanja fiskalnih pravila kao ustavnih i zakonskih ograničenja javnog duga računajući unapred na *bail-out* ECB. Posledice takvog moralnog hazarda mogle bi uticati na urušavanje međunarodne monetarne stabilnosti i prečiti njene posledice na globalni monetarni poredak preteći da uruše njegove tekovine koje oslikavaju aksiologiju međunarodnog monetarnog prava.

#### DOPRINOS ECB U BORBI PROTIV FINANSIJSKOG KRIMINALITETA (PRIMER INICIJATIVE ZA SPREČAVANJE PRANJA NOVCA)

Pravni osnov nove uloge ECB u politici suzbijanja finansijskog kriminaliteta je utvrđen konstituisanjem već pomenutog drugog stuba bankarske unije, tj. Uredbom o formiranju Jedinstvenog nadzornog mehanizma. Naime, čl. 28 i 29. ove Uredbe utvrđena je obaveza centralnih banka u davanju doprinosa u borbi protiv pranja novca i zabrane finansiranja terorizma kao osnovnih ciljeva nacionalne politike unutrašnje bezbednosti. Ipak, u uslovima EU ovakve dužnosti imaju i svoju *supranacionalnu dimenziju*, jer nadzor nad monetarnom jurisdikcijom nacionalnih centralnih banaka vrši Evropska centralna banka. U okolnostima kada ECB smatra da nacionalne centralne banke nisu realizovale pomenute ciljeve (u neophodnom stepenu) može ih sankcionisati (oduzeti licencu za rad). Iako je jasno da je nadležnost ECB u ovom segmentu *derivativna*, a ne originalna, ne-

---

<sup>20</sup> Srđan Golubović, "Evolucija uloge Evropske centralne banke u uslovima globalne finansijske krize", *Pravni život*, br. 11, Tom III, 2014, str. 595–600.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

ophodno je utvrditi jasne parametre za razdvajanje nadležnosti nacionalnih centralnih banaka i ECB u ovom segmentu politike unutrašnje sigurnosti radi povećanja stepena efektivnosti njihovog delokruga poslova na tom planu.<sup>22</sup>

U tom kontekstu postavlja se pitanje da li ECB koristi svoje nadležnosti u smislu iniciranja istraga i prikupljanja dokaza usmerenih na eventualno oduzimanje dozvole za rad banaka, s tim što je važno naglasiti da se ne radi o samostalnim istragama (jer za tako nešto ECB nema nadležnost), ali do takvih dokaza može doći prilikom obavljanja svoje *supervizijske funkcije*. Naime, u uslovima globalne finansijske krize došlo je do evolucije uloge ECB u evropskom monetarnom pravu, te pored uloge čuvara monetarnog suvereniteta, ona obavlja i zadatke usmerene na očuvanje finansijske stabilnosti (što je direktna posledica delegiranja određenih komponenti *lex monetae* i zadržavanja nekih prerogativa iz *lex contractus* na nacionalnom nivou).<sup>23</sup> Ovakva raspodela nadležnosti je direktna posledica primene principa proporcionaliteta kao vodećeg kriterijuma u raspodeli nadležnosti iz domena monetarne politike, ali i ostalih segmnetu ekonomske politike, što znači da ECB zahtevati pomoć nacionalnih institucija i organa u obavljanu supervizijske funkcije na celokupnom finansijskom tržištu u cilju kontrole opšteg sistemskog rizika (ali ujedno i posebnih rizika).

Svakako, na ovom mestu se koncept kontrole rizika odnosi na obavezne rezerve banaka za pokrivanje prudencionih rizika. Praktično, to implicira da se ECB neće upuštati u proveru da li je nacionalna banka ispunila svoju obavezu u smislu prosljeđivanja potencijalno sumnjivog naloga na proveru, ali može proveriti da li je u pozadini nesupešnog dostavljanja izveštaja daleko opasniji razlog (kakvo je namerno neispunjavanje pomenute obaveze). Shodno tome, ECB može proveriti da li postoji određeni pravni, organizacioni ili reputacijski rizik kome je izložena banka pod njenim nadzorom.

Evropska centralna banka nema nadležnost da samostalno klasifikuje određene postupke kao pojavne oblike finansijskog kriminaliteta, ali u tome može pomagati nadležnim organima i može izricati samostalne kazne (naravno, samo u sklopu vršenja svoje supervizijske funkcije). Nespornu manifestacije takve aktivnosti ECB jesu *godišnji izveštaji o reviziji* (eng. annual supervisory review) i *evaluacije preduzetih radnji* (eng. evaluation process exercise), gde se usvojene mere ECB pimenjuju sa prudencionog (monetarnopravnog) aspekta, (nikako krivičnog). Ipak, u određenom smislu se pokazuje da ova demarkacija postaje izlišna jer se u zvaničnim saopštenjima ECB sve više insitira na tzv. sekundarnoj ulozi

<sup>22</sup> Single Supervisory Regulation Regulation, art. 28–29.

<sup>23</sup> Marko Dimitrijević, *Institucije međunarodnog monetarnog prava*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2018, str. 40–51.

ECB u prevenciji pranja novca što je još jedan dokaz konstantne evolucije njenih nadležnosti u evropskom monetarnom pravu.

Glavna inicijativa za većom participacijom ECB u suzbijanju fiansijskog kriminaliteta je započela nakon finansijskog skandala u radu Estonijskog ogranka Danske banke, kada je Hauard Vilkinson (Howard Wilkinson), koji je bio na čelu trgovačke jedinice Danske banke u baltičkim državama od 2007–2014, tokom javnog saslušanja u danskom parlamentu izneo tvrdnju da je ta evropska banka pomogla u “procesuiranju sumnjivih novčanih transakcija u vrednosti od 150 milijardi dolara”. Nakon toga je Kancelarija EU za sprečavanje pranja novca odlučila da stvori uslove za konzistentniji rad ECB u Jedinstvenom nadzornom odboru radi sprečavanja takvih štetnih transakcija (što *de facto* predstavlja vid alokacije nadležnosti u podeli ingerencija za suzbijanje sive ekonomije, jer ECB nema (izvorni) mandat za pomenute delatnosti u sferi borbe protiv ekonomskog kriminaliteta i njegove prevencije (barem ne u direktnom smislu). Uloga ECB u borbi za suzbijanje kriminaliteta je, takođe, prisutna (u posrednom obliku) kroz njene aktivnosti u *Evropskoj upravi banaka*, ali i kroz uspostavljanje saradnje sa posebnim istražnim jedinicama za otkrivanje i sprečavanje finansijskog kriminaliteta koje deluju na nivou država članica.

#### PROCESNA LEGITIMACIJA ECB U AKTUELNIM MONETARNIM SPOROVIMA

Kada je u pitanju učestvovanje ECB u monetarnim sporovima, moramo napomenuti da strukturalni i funkcionalni dualizam ECB, kao i njegova ograničena složenost unutar komunitrane strukture nameću i prethodno utvrđivanje ustavne pozicije ECB. Evropski sud pravde je direktno primenjujući odredbe Lisabonskog ugovora na nedvosmislen način utvrdio nezavisnost ECB u sporu sa Evropskom kancelarijom za suzbijanje finansijskih prevara (OLAFOM).<sup>24</sup> Naime, sud je svoju presudu obrazložio i tumačenjem člana 108 Ugovora o EU, koji predstavlja svojevrsnu “branu” ECB od različitih političkih uticaja, da bi efektivno mogla da obavlja zadatke poverene Ugovorom i Statutom ESCB. Sud pravde je u ovom slučaju konačno utvrdio i sadržinu pravnog standarda “finansijski interesi EU”, jasno naglašavajući da se pod njima (shodno čl. 280 Ugovora o EU) ne podrazumevaju isključivo rashodi i prihodi jedinstvenog budžeta EU, već i rashodi i prihodi drugih komunitarnih institucija (agencija i kancelarija). Kako ECB potpada pod institucionalnu strukturu ESCB, odnosno EU, što znači da ECB takođe ima svoje prihode i rashode. Evropski revizorski sud može kontrolisati knji-

---

<sup>24</sup> Commission v ECB, Judgment of the Court 10 July 2003 in Case C-11/00, 1-30.

govodstvenu evidenciju ECB, ali uz odobrenje Saveta EU i u skladu sa čl. 28–30 Ugovora, koji tu kontrolu ograničavaju na ispitivanje operativne efikasnosti rada.

Danas među teoretičarima monetarnog prava u pogledu nezavisnosti u radu ECB nema suštinskih neslaganja, ali *moramo istaći* da ne postoji jedinstven stav u pogledu odgovornosti u radu, tačnije merenja količine potrebne odgovornosti u radu.<sup>25</sup> Tako, *Ziloli (Ziloli)* smatra da je ispravnije govoriti o ekonomskoj vizuri odgovornosti u radu ECB, naspram odgovornosti shvaćenoj u tradicionalnom smislu, koja je strogo formalistička i zasniva se na podeli odgovornosti, tj. sistemu kontrola i ravnoteža. Ekonomska vizura odgovornosti u radu određena je postignutim rezultatima u radu, što se utvrđuje prema konkretnom statutarnom zadatku ECB (cenovnoj stabilnosti).<sup>26</sup> U okolnostima kada EMU prolazi kroz ozbiljnu institucionalnu krizu takav koncept može biti podesniji za primenu od kalisičnog koncepta odgovornosti, ali to ne znači da se potonji mora napustiti, jer ocena odgovornosti u radu jedne institucije bez nesagledavanja svih bitnih karakteristika same institucionalnosti postaje besmislena. Stoga smatramo da je u oceni odgovornosti rada ECB poželjno primeniti oba sistema, jer se jedino tako može doneti ispravan stav o ovoj dimenziji legislative banke u evropskom monetarnom pravu. Procesna legitimacija ECB je tokom globalne ekonomske i finansijske krize dobila bitne elemente svoje manifestacije što se u praksi poklopilo sa usvajanjem novih institucionalnih modela makroekonomskog upravljanja usmerenih na osnaživanje celokupnog privrednog sistema zemalja članica.

Na ovom mestu moramo napomenuti da monetarni sporovi predstavljaju posebnu kategoriju sporova u kojima se rešava o postupanju centralne banke, tačnije, odlučuje se o upravnopravnoj prirodi akata vrhovne nezavisne monetarne institucije.<sup>27</sup> Činjenica je da u savremenom monetarnom pravu centralne banke nalikuju nezavisnim agencijama koje uživaju značajno mesto u ustavnom poretku zemlje i čije odluke imaju bitne implikacije na budžet i javne finansije, a čije se nadležnosti razrađuju posebnim zakonima i podzakonskim aktima. Do izbivanja dužničke krize procesna legitimacija ECB je imala više sporadičan karakter i bila ograničena na posledice neadekvatnog makroekonomskog dijaloga sa ostalim komunitarnim institucijama, i to prevashodno sa Evropskom komisijom. Sa usvajanjem novih institucionalnih mehanizama dolazi i do značajnog redefinisiranja bazičnih principa evropskog monetarnog prava (primarno u delu domašaja

<sup>25</sup> Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law*, Oxford University Press, 2015, p. 279.

<sup>26</sup> C. Ziloly, M. Selmayr, *op. cit.*, pp. 111–131.

<sup>27</sup> Herwig C. H. Hofman, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and European Economic and Monetary Union*, IMF Working Paper, No. 19, 2015, pp. 2–5.

*lex monetae* u monetarnom saobraćaju, eksteritorijalne primene monetarnog suvereniteta i nepoštovanja odredaba o kolektivnoj odgovornosti za javni dug, tj. drugačijeg gledanja na sadržinu principa *lex contractus*), što je prouzrokovalo dalekosežne monetarne sporove.

Analizom ovih slučajeva iz sudske prakse možemo uočiti najbolju potvrdu institucionalne, funkcionalne i finansijske nezavisnosti vrhovne monetarne institucije EU i iz ishoda sporova identifikovati njen nespornan autoritet u oblikovanju i derogaciji normi monetarnog prava, gde se monetarna stabilnost javlja kao *conditio sine qua non* privredne stabilnosti celokupne evrozone. Možemo primećivati da u monetarnim sporovima zahtev za ocenom ustavnosti i zakonitosti trpi određena ograničenja, što je i Evropski sud pravde potvrdio svojom odlukom u slučaju pravne usklađenosti mera ECB o kupovini obveznica na sekundarnom tržištu. Iz odluke Suda jasno proizlazi da je za vođenje monetarne politike potrebno posjedovanje stručnih znanja i ekspertize, koja u evropskom monetarnom pravu ima jedino ECB i shodno tome uživa diskreciona ovlašćenja za njenu implementaciju.<sup>28</sup>

#### ZAKLJUČAK

Monetarno pravo EU kao posebno značajna grana prava za funkcionisanje jedinstvenog tržišta nalazi se u procesu konstantnog evoluiranja što se ogleda u noveliranju postojećih monetarnopravnih normi, principa i vrednosti usmerenih na realizaciju jedinstvene monetarne strategije uz istovremeno očuvanje ugleda nacionalnih monetarnih jurisdikcija. Evropska centralna banka jeste glavni subjekt u tom procesu, ali, istovremeno, i nezaobilazni tumač i arbitar u rešavanju potencijalnih nedoumica vezanih za optimalnu primenu nadnacionalnog *lex monetae*. Njene klasične funkcije utvrđene odredbama čvrstog monetarnog zakonodavstva (osnivačkih akata EU) vremenom su nadograđene nekim novim nadležnostima koje predstavljaju odgovor nauke savremenog monetarnog prava na izazove koji su se pojavili u sferi monetarnih i bankarskih finansija, te kao takve imaju svoj pravni osnov u odredbama sekundarnog monetarnog zakonodavstva (mekog prava).

Bez obzira na formalnu, a ponekad i suštinsku (dodali bismo i ideološku) neuskaldenost sadržaja ovih novih pravnih izvora (sporazuma) sa primarnim izvorima, mišljenja smo da se jedino u njihovoj sinergiji dejstva može postaviti optimalan normativni okvir regulatornih nadležnosti ECB sposoban da izdr-

---

<sup>28</sup> Marko Dimitrijević, "O procesnoj legitimaciji ECB u monetarnim sporovima", *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2017, str. 200–211.

ži ekonomske potrese oličene u posledicama globalnih finansijskih kriza koje su na primeru EMU bile povezane sa nedostatkom institucionalnog kapaciteta glavnih organa. Naravno, u budućnosti bi evropski zakonodavac trebalo da izbegne negativne reperkusije dualizma moći ECB ustanovljenih aktima primarnog i sekundarnog monetarnog zakonodavstva, jer to proizvodi nepotrebne senzacionalističke efekte, podriva dostignuti nivo makroekonomskog dijaloga između ECB i drugih institucija (poput Evropskog parlamenta, Komsije, Saveta, ali i Evropskog suda pravde i Evropskog revizorskog suda) stvarajući pritom i nepoverenje koje štetno utiče na očuvanje monetarne stabilnosti. Nove regulatorne nadležnosti Evropske centralne banke jesu najbolji dokaz nezamenljivog doprinosa ove institucije u upravljanju “kooperativnim monetarnim bilom EU” i realizacije zadataka nadnacionalne bankarske politike, kako u uslovima regularnih ekonomskih tokova, tako i u uslovima kriza što se ogleda u sanacionom (preventivnom) delu, ali i u korektivnom delu usmerenim na umanjenje posledica nastalih privrednih poremećaja po rad banaka, ostalih finansijskih posrednika i prava njihovih klijenata.

MARKO DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of Niš

NEW REGULATORY JURISDICTIONS  
OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK  
IN EUROPEAN MONETARY LAW

Summary

The subject of analysis in this paper is to identify the new regulatory powers of the European Central Bank (ECB) in the field of monetary law of the European Union (EU), especially in the segment of concerning its competences within the so-called second pillar of the banking union as a special coordination mechanism of banking policy, relativizing the ban on collective action for public debt (no-bailout clause) and legal initiatives aimed at preventing money laundering. Also, the subject of the author's particular attention is to determine the consequences of the ECB's exercise of procedural legitimacy that have redefined the way we understand its regulatory competencies in practice. The first part of the paper outlines the traditional regulatory framework of the ECB in the manner *de lege lata*, and further, it discusses the legal effects of the measures applied by the ECB to the banks' operations in which work we identify the high risk and also initiatives to launch a special ECB anti-laundering office. Establishing an optimal regulatory framework in European monetary law and clearly delineating competences within the existing organizational structure of the ECB, in the author's view, is a *conditio sine qua non* of preventing the abuse of the banking system, preserving monetary security and the rights of monetary habitants.

*Keywords:* European Central Bank, Single Supervisory Mechanism, monetary law, monetary stability.

## SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

### **Pravda i pravo**

*Justice and Law*

*La Justice et le Droit*

### **PRAVO I SNAGA UMNOSTI – III tom**

*LAW AND THE POWER OF MIND – Vol. III*

*Treća katedra*

*Third Department*

### **PRAVO NA IMOVINU**

*RIGHT TO PROPERTY*

#### **2. Porezi**

*Taxes*

*Gordana Ilić Popov*

Poreska administracija i poreski obveznik u poreskom postupku:  
“suparnici” ili “saradnici”

Tax administration and taxpayer in the tax procedure: “rivals”  
or “collaborators” . . . . .

5

*Marina Dimitrijević*

Osnovni problemi oporezivanja u savremenom društvenom  
kontekstu

Basic problems of taxation in the contemporary social context . . .

17

*Gordana Paović Jeknić*

Primjena budžetskih principa u budžetskom pravu savremenih  
država i budžetu Evropske unije

Application of budgetary principles in budgetary law of modern  
countries and the budget of the European Union . . . . .

33

693

|  |     |
|--|-----|
| <i>Lidija Živković</i>   |     |
| Rešavanje sporova povodom dvostrukog oporezivanja u pravu<br>Evropske unije<br>Tax dispute resolution mechanisms in European Union law . . . . .   | 47  |
| <i>Suzana Dimić,</i><br><i>Danijela Petrović</i>   |     |
| Start ap kao novi oblik poslovanja i njegov poreski tretman<br>Start-up as new form of business and taxation treatment . . . . .   | 63  |
| <i>Sejdefa Džafče,</i><br><i>Vesna Pendovska</i>   |     |
| Pravna zaštita poreskih obaveznika u Republici Severnoj<br>Makedoniji<br>Legal protection of the taxpayers in the Republic of North<br>Macedonia . . . . .   | 77  |
| <i>Bojana Vasiljević Poljašević</i>  |     |
| Otvorena pitanja u vezi sa oporezivanjem ekonomije dijeljenja<br>Open questions regarding the taxation of the sharing economy . . .  | 91  |
| <i>Radica Šipovac,</i><br><i>Dejan Logarušić,</i><br><i>Vladimir Šipovac</i>   |     |
| Ekonomski i socijalni efekti poreza na imovinu<br>Economic and social effects of property tax . . . . .  | 103 |
| <b>3. Privredna društva</b><br><i>Commercial Companies</i>   |     |
| <i>Dragiša Slijepčević</i>   |     |
| Pravni put zakonitog osporavanja prodaje imovine stečajnog dužnika<br>The path to a legal challenge of a sale of bankruptcy debtor's assets  | 115 |
| <i>Jasminka Obućina</i>  |     |
| Pravno dejstvo pobijenog ugovora o prenosu prava na stvarima<br>upisanim u javni registar<br>Legal effect of a contested agreement on the assignment of assets<br>entered into the public bankruptcy estate registry . . . . . | 127 |



Vladimir Vrhovšek,  
Vladimir Kozar

- Izlučna tužba protiv stečajnog dužnika  
Separate recovery lawsuit against the bankruptcy debtor . . . . . 141

Đuro M. Đurić,  
Vladimir M. Jovanović

- Pravni okviri preventivnog restrukturiranja u Evropskoj uniji  
Preventive restructuring legal frameworks in the European Union 157

*Osiguranje*  
*Insurance*

*Mirjana Glintić*

- Ograničenja izbora Načela ugovornog prava reosiguranja kao  
merodavnog prava  
Limitations on the choice of principles of reinsurance contract  
law as a governing law. . . . . 171

*Slobodan Ilijić*

- Savremeni oblici obaveznog osiguranja u Srbiji  
Contemporary forms of compulsory insurance in Serbia . . . . . 187

*Sarita Olević*

- Pravno-organizacioni aspekti poveravanja poslova trećim licima  
u osiguranju  
Legal and organisational aspects of out sourcing insurance  
activities to third parties . . . . . 199

*Miljan Sekulović*

- Osiguranje imovine sa osvrtom na sporna pitanja u sudskoj praksi  
Property insurance with reference to disputes in case law . . . . . 217

**4. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža**

*International Commercial Contracts, Arbitration*

*Jelena S. Perović Vujačić*

- Obaveze arbitara u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži  
Obligations of Arbitrators in International Commercial Arbitration 229

*Thomas Meyer*

- Technic and law – clarifications and challenges  
Tehnologija i pravo – pojašnjenja i izazovi . . . . . 263

*Vitomir Popović*

- Neke specifičnosti “arbitraže za oblast Brčko”  
Some specifications of the arbitration for the Brčko area . . . . . 275

*Maja Stanivuković,  
Dragan Đorđević*

- Merodavno pravo za pravne odnose između banaka koje učestvuju  
u poslu međunarodnog dokumentarnog akreditiva  
Applicable law to legal relationships between banks participating  
in international documentary credit operations . . . . . 289

*Dušica Palačković*

- Povreda prava na pravično suđenje i arbitražni postupak  
Violation of the right to a fair trial and arbitration proceeding . . . . 313

*Marija Krvavac*

- Ugovor o vazdušnom prevozu putnika i stvari u međunarodnom  
privatnom pravu  
Contract of air transportation of passengers and belongings in  
international private law . . . . . 331

*Predrag Cvetković*

- Teorija igara kao metod strukturiranja sporazuma o javno-  
-privatnom partnerstvu  
Game theory as a method of structuring public-private  
partnership agreements . . . . . 347

*Dijana Marković Bajalović*

- Arbitrabilnost sporova iz prava konkurencije *ratione materiae*  
The arbitrability of competition law disputes *ratione materiae* . . . . 363

*Stefan Šokinjov*

- Zaštitni objekt prava konkurencije  
The protected subject matter of competition law . . . . . 381

*Rajko Ignjačević*

|   |     |
|---|-----|
| Slučaj zloupotrebe arbitraže ili ignorisanja arbitražnog ugovora<br>The case of misuse of arbitration and ignorancy of arbitration<br>agreement ..... | 395 |
|---|-----|

*Jelena Vukadinović Marković*

|  |     |
|--|-----|
| Primena međunarodnog prava u međunarodnim investicionim<br>sporovima<br>Application of International law in international investment<br>disputes ..... | 401 |
|--|-----|

*Aleksandra Vasić*

|   |     |
|---|-----|
| O grupnom izuzeću ugovora o licenci od zabrane restriktivnih<br>sporazuma u pravu konkurencije Republike Srbije<br>Group exemption of the licence agreement in the competition law<br>of the Republic of Serbia ..... | 417 |
|---|-----|

*Jasna Bujuklić Mitrović*

|   |     |
|---|-----|
| Ugovor o master franšizingu u svetlu Nacrta srpskog Građanskog<br>zakonika<br>Master franchising contract according to the Draft of the Serbian<br>Civil Code ..... | 433 |
|---|-----|

*Marija Mijatović*

|   |     |
|---|-----|
| Mogućnost primene UNIDROIT Načela za međunarodne<br>trgovinske ugovore pred međunarodnom arbitražom<br>Possibility of application of the UNIDROIT Principles of<br>international commercial contracts in international arbitration .. | 459 |
|---|-----|

*Uroš Živković*

|   |     |
|---|-----|
| Uobičajeno boravište u međunarodnom privatnom pravu Srbije<br>Habitual residence in Serbian private international law ..... | 475 |
|---|-----|

*Stefan Jovanović*

|   |     |
|---|-----|
| Potencijalni problemi arbitražnih odluka u <i>mergers and acquisitions</i><br>transakcijama<br>Potential problems of arbitration awards in mergers and<br>acquisitions transactions ..... | 491 |
|---|-----|

*Katarina Tomić*

|   |     |
|---|-----|
| Core standards of substantive protection of investment under energy charter treaty<br>Ključni standardi materijalno-pravne zaštite investicija po ugovoru o energetskej povelji ..... | 511 |
|---|-----|

## **5. Radni odnosi**

*Labour Relations*

*Predrag Trifunović*

|  |     |
|--|-----|
| Otkaz zbog nezakonitog štrajka<br>Dismissal for illegal strike ..... | 531 |
|--|-----|

*Ivica Lazović*

|  |     |
|--|-----|
| Uređivanje etičkog postupanja kodeksima – etički kodeks miritelja i arbitara<br>Determining the ethical processing of codes – ethical code conciliators and arbiters ..... | 549 |
|--|-----|

*Radoje Brković,*

*Ratomir Antonović*

|  |     |
|--|-----|
| Zaštita materinstva u radnopravnim odnosima<br>Mothers protection in labor relations ..... | 561 |
|--|-----|

*Vladimir Dimitrijević,*

*Zoran Ristić,*

*Aleksandar Damnjanović*

|  |     |
|--|-----|
| Regulacija agencijskog zapošljavanja – vladavina i nevladavina prava u praksi<br>Agency employment regulation – the rule and non-government of law in practice ..... | 575 |
|--|-----|

*Milica V. Matijević*

|  |     |
|--|-----|
| Afirmativne mere za zapošljavanje pripadnika nacionalnih manjina u državnoj upravi Republike Srbije<br>The affirmative measures for recruitment of persons belonging to minority communities in the state administration of the Republic of Serbia ..... | 589 |
|--|-----|

|  |     |
|--|-----|
| <i>Aleksandar Antić</i>  |     |
| Radnopravni položaj penzionera u Srbiji<br>Employment status of pensioners in Serbia .....   | 607 |
| <i>Dragana Radovanović</i>   |     |
| Posebna zaštita zaposlene omladine u Republici Srbiji<br>Youth employment protection in the Republic of Serbia .....   | 619 |
| <i>Vera Bakić</i>  |     |
| Zaštita slobode veroispovesti na mestu rada<br>Protection of freedom of religion at the workplace .....  | 635 |
| <i>Vesna Stojanović</i>  |     |
| Invalidnost i radna sposobnost u okvirima različitih zakonskih<br>definicija<br>Disability and ability to work within different legal definitions . . . .                            | 649 |
| <b>6. Banke i bankarski poslovi</b>  |     |
| <i>Banks and Banking Transactions</i>  |     |
| <i>Mirjana Knežević</i>  |     |
| Jačanje prava korisnika bankarskih usluga<br>Strengthening the rights of banking services consumers .....  | 657 |
| <i>Predrag Dedeić</i>  |     |
| Etika na tržištima kapitala: oksimoron ili conditio sine qua non<br>Ethics in the capital markets: oxymoron or conditio sine qua non .   | 669 |
| <i>Marko Dimitrijević</i>  |     |
| Nove regulatorne nadležnosti Evropske centralne banke u<br>evropskom monetarnom pravu<br>New regulatory jurisdictions of the European central bank<br>in European monetary law ..... | 679 |





