Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA

31

godina kopaoničke škole prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 11 • BEOGRAD • 2018 • TOM III

31
godina

KONRAD ADENAUER STIFTUNG
Rule of Law Programme South East Europe

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.)

UDK 34 (497.11) (05) YU ISSN 0350–0500

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) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 11/2018 / Godina LXVII / Knjiga 609
1–762
Beograd

Glavni i odgovorni urednik
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

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 18
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2018. godinu iznosi: za fizička lica – 8.000 dinara,
za pravna lica – 16.000 dinara, 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

TREĆA KATEDRA

PRAVO NA IMOVINU

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

MIODRAG MIĆOVIĆ

SAVREMENI PRAVNI OKVIR ZA ANGAŽOVANJE AKCIONARA

UVOD

Potreba da se osnaže prava akcionara i olakša njihovo vršenje, učini jasnijim odnos između trgovačkih društava i investitora dovela je do toga da je na nivou EU najpre 2007. godine doneta Direktiva 2007/36 o ostvarivanju pojedinih prava akcionara društava uvršćenih na berzu,[1] a potom, radi otklanjanja uočenih nedostataka u korporativnom upravljanju, 2017. godine doneta je Direktiva 2017/828 o izmeni Direktive 2007/36 u pogledu podsticanja dugoročnog angažmana akcionara.[2]

Direktivom iz 2007. godine olakšan je pristup akcionara skupštini i ostvarivanje prava glasa, tako što su postavljeni minimalni standardi kojima se otklanjaju prepreke za ostvarenje glasačkih prava.[3] U vezi sa tim bilo je potrebno da se reše problemi povodom: pristupa informacijama koje su od značaja za održavanje skupštine (bilo je uočeno da su rokovi u kojima se akcionari obaveštavaju o skup-

Dr Miodrag Mićović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

[1] Sl. list EU, br. 184 od 11. jula 2007. godine.

[2] Sl. list EU, br. 132 od 20. maja 2017. godine. U daljem tekstu Direktiva 2017/828.

[3] O tome: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J., *Uvod u europsko pravo društava*, Zagreb, 2010, str. 466.

štini kratki ili da se o tome obaveštavaju neblagovremeno); obaveze deponovanja akcija pre održavanja skupštine, kako bi se ostvarilo pravo glasa, pri čemu se gubila mogućnost da se deponovanim akcijama raspolaže; glasanja preko punomoćnika, u pogledu osoba koje se mogu imenovati za punomoćnika, načina imenovanja punomoćnika, broja akcionara koje punomoćnik može da zastupa, obima njegovih ovlašćenja; elektronskog glasanja, putem interneta ili konferencijske veze.[4]

Navedeni problemi su rešeni tako što su definisana pravila kojima se: akcionarima osigurava blagovremeno pristup informacijama koje su od značaja za održavanje skupštine; zabranjuje nametanje obaveze deponovanja akcija pre održavanja skupštine, kao uslov za ostvarivanje prava glasa i uvodi sistem registracije, prema kome se svojstvo akcionara utvrđuje na određeni dan pre održavanja skupštine (akcionar mora da ima svojstvo akcionara na taj dan, a nakon toga može slobodno da raspolaže sa svojim akcijama); svakom akcionaru daje mogućnost da prava ostvaruje preko punomoćnika; uvodi mogućnost glasanja na skupštini elektronskim putem. Uz manja odstupanja, pravila iz Direktive su ugrađena u naš Zakon o privrednim društvima.[5]

Iako je Direktiva o pravima akcionara otvorila vrata aktivnijem angažovanju akcionara i doprinela zaštiti njihovih prava,[6] ubrzo su uočeni određeni nedostaci na planu korporativnog upravljanja zbog čega je Evropska komisija već 2012. godine najavila potrebu da se preduzmu mere radi podsticaja dugoročnog angažmana akcionara i jačanja transparentnosti između trgovačkih društava i investitora.[7] Smatra se da veća uključenost akcionara u korporativno upravljanje predstavlja jedan od instrumenata koji može pomoći u poboljšanju finansijskih i nefinansijskih rezultata trgovačkih društava.[8]

Radi rešavanja problema angažovanja akcionara i transparentnosti odnosa između društva i akcionara doneta je Direktiva 2017/828, u kojoj je usvojen princip minimalne harmonizacije,[9] čija pravila treba da budu uključena u nacional-

[4] O tome: Čulinović Herc, E., Hasić, T., *Sudelovanje deoničara u radu glavne skupštine deoničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima*, Zbornik Pravnog fakultete u Rijeci, br. 1/11, str. 36.

[5] Sl. glasnik RS, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15.

[6] O tome: Radulović, V., *Demokratija i participacija akcionara*, Škola biznisa, br. 2/14, str. 216.

[7] Preambula br. 3 Direktive EU 2017/828.

[8] Preambula br. 14 Direktive EU 2017/828.

[9] Države članice mogu da usvoje ili da zadrže strože odredbe u području obuhvaćenom Direktivom kako bi se dodatno olakšalo izvršavanje prava akcionara, podstaklo angažovanje akcionara

ne propise zemalja članica do 10. juna 2019. godine. Njome se dopunjuje Direktiva iz 2007. godine, tako što se utvrđuju[10] posebni zahtevi u vezi sa: utvrđivanjem identiteta akcionara, prenosom informacija, olakšavanjem izvršavanja prava akcionara, transparentnošću institucionalnih investitora, upravitelja imovinom i savetnika pri glasanju, primanjima direktora i transakcijama s povezanim licima (čl. 1 a. Direktive 2017/828). U članku će biti izložena pravila kojima se definišu napred navedeni zahtevi.

PRAVILA U FUNKCIJI OLAKŠANJA VRŠENJA PRAVA AKCIONARA

Donošenjem Direktive 2017/828 nastoji se da se olakša vršenje akcionarskih prava kroz podsticanje direktne komunikacije izdavalaca akcija prema njihovim akcionarima, poboljšanje prenosa informacija između izdavalaca i akcionara preko lanca finansijskih posrednika, definisanje obaveza finansijskih posrednika.

Odredbe Direktive biće kompletirane donošenjem izvršnih akata od strane Evropske komisije, u roku od 15 meseci od stupanja na snagu Direktive (do 10. septembra 2018. godine), kojima će biti bliže određeni minimalni zahtevi za prenošenje informacija (vrsta i oblik informacija koje treba preneti, oblik zahteva, rokovi koje treba poštovati) i mere za olakšano vršenje prava akcionara (vrste olakšanja, oblik elektronske potvrde o glasanju, oblik za prenos potvrde o tome da su glasovi valjano zabeleženi i prebrojani).

S obzirom da se akcije trgovačkih društava u mnogim slučajevima drže preko složenih lanaca posrednika, zbog čega trgovačka društva često ne mogu da

i zaštitili interesi manjinskih akcionara. Ali, te odredbe ne bi smele ometati delotvornu primenu ove Direktive ili postizanje njenih ciljeva (preambula br. 55 Direktive).

[10] Pravilima iz Direktive ne dovode se u pitanje odredbe utvrđene u bilo kom sektorskom zakonodavnom aktu EU kojim se uređuju posebne vrste trgovačkih društava ili posebne vrste subjekata poput kreditnih institucija, investicionih društava, upravitelja imovinom, osiguravajućih društava i penzionih fondova. Te odredbe načelno imaju prednost u meri u kojoj su zahtevi utvrđeni u ovoj Direktivi u suprotnosti sa zahtevima utvrđenim u bilo kom sektorskom zakonodavnom aktu EU. Međutim, posebne odredbe ne bi se smele tumačiti tako da se ugrožava delotvorna primena ove Direktive. Primena ove Direktive ne bi smela biti isključena samo zbog činjenice da postoje posebna pravila EU u određenom sektoru. Ako se ovom Direktivom predviđaju konkretnije odredbe ili uvode dodatni zahtevi u odnosu na odredbe utvrđene u bilo kom sektorskom zakonodavnom aktu Unije, odredbe utvrđene u bilo kojem sektorskom zakonodavnom aktu Unije trebale bi se primjenjivati zajedno s odredbama iz ove Direktive (preambula br. 54 Direktive).

utvrde identitet svojih akcionara,[11] a izvršenje njihovih prava je otežano,[12] Direktiva 2017/828 sadrži tri grupe pravila (čl. 3.a – 3.f) koja bi u takvim slučajevima trebalo da olakšaju vršenje prava akcionara:

Pravila o utvrđivanju identiteta akcionara. – Trgovačka društva imaju pravo na utvrđivanje identiteta svojih akcionara, s tim što se nacionalnim propisima može ograničiti pravo identifikacije samo na akcionare koji drže više od određenog procenta akcija ili prava glasa (procenat ne sme biti veći od 0,5%). U skladu sa ovim pravilom posrednici imaju obavezu da bez odlaganja dostavljaju trgovačkom društvu informacije o identitetu akcionara. Te informacije, ako je tako propisano, trgovačko društvo može zatražiti da ih prikupi centralni registar hartija od vrednosti.

Kako bi se trgovačkom društvu omogućilo da identifikuje svoje postojeće akcionare da bi s njima direktno komuniciralo neophodno je da se društvu dostavi određeni minimalni broj informacija.[13] Te bi informacije trebalo da obuhvate barem ime akcionara i njegove kontaktne podatke, a ako je akcionar pravno lice, njegov registarski broj ili, ako on nije dostupan, jedinstveni identifikacioni broj i broj akcija koje akcionar drži te, ako to traži trgovačko društvo, vrste ili rodove akcija koje drži i datum njihovog sticanja.[14] Dobijene podatke u cilju komunikacije društvo može da čuva najduže 12 meseci od dana kada je jedno lice izgubilo status akcionara (ovim pravilom se ne ograničava pravo društva da podatke akcionara, koji više nisu članovi društva, čuvaju iz nekih drugih razloga, kao što je isplata dividende ili kamata nekadašnjim akcionarima).

Prenos informacija. – Kada trgovačko društvo nema direktan kontakt sa akcionarima, posrednici treba da bez odlaganja prenesu informacije koje je društvo obavezno da pruži akcionaru kako bi mu omogućilo vršenje prava koja proizlaze iz njegovih akcija ili obaveštenje gde se na internetskim stranicama društva te informacije mogu naći. Vezano za izvršenje ove obaveze, društvo je dužno da posrednicima u standardnom obliku i pravovremeno dostavi potrebne informa-

[11] Preambula br. 4 Direktive 2017/828.

[12] U lancima posredovanih ulaganja, posebno kada uključuju mnogo posrednika, trgovačka društva ne prenose informacije akcionarima, glasovi akcionara se izgube, a prisutna je opasnost da će posrednici zloupotrebiti pravo glasa. O tome: *Predlog Direktive o izmeni Direktive 2007/36 i Direktive 2013/34*, eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:59fccf6c-c094-11e3-86f9-01aa75ed71a1. 0009.01/DOC_1 &format = PDF, str. 5.

[13] Preambula br. 5 Direktive 2017/828.

[14] Čl. 2. b(j) Direktive 2017/828.

cije, odnosno obaveštenje. Takođe, posrednici su dužni da bez odlaganja prenesu društvu instrukcije koje su dobili od akcionara radi vršenja prava koja proizilaze iz njihovih akcija.

Olakšanje izvršenja prava akcionara. – Kada je to potrebno posrednici su dužni da olakšavaju izvršavanje prava akcionara, uključujući pravo na učešće i glasanje na glavnim skupštinama, tako što će: preduzeti potrebne radnje kako bi akcionar ili treće lice, koje je imenovao akcionar, mogli sami da izvršavaju prava; izvršavati prava koja proizilaze iz akcija nakon izričitog odobrenja i uputstva akcionara i u korist akcionara.

Kako bi se osiguralo da su glasovi akcionara uzeti u obzir zahteva se da se licu koje je elektronski glasalo pošalje elektronska potvrda o prijemu glasova. Nakon glasanja, akcionar ili treće lice, koje je imenovao akcionar, može dobiti potvrdu o tome da je trgovačko društvo valjano zabeležilo i brojalo njihove glasove. Izdavanje potvrde može se zahtevati najkasnije u roku od tri meseca od dana glasanja. Ako posrednik dobije potvrde, on ih bez odlaganja prenosi akcionaru ili trećoj strani koju je akcionar imenovao. Ako nije zabranjeno, posrednici mogu da naplaćuju troškove koje imaju povodom pružanja usluga u funkciji izvršenja prava akcionara, s tim što oni moraju da budu određeni na nediskriminirajući način i proporcionalno u odnosu na stvarne troškove nastale pri pružanju usluga.

TRANSPARENTNOST INSTITUCIONALNIH INVESTITORA, UPRAVITELJA IMOVINOM I SAVETNIKA

U Direktivu su uključene mere transparentnosti (čl. 3.g – 3.k) kojima su obuhvaćeni institucionalni investitori,[15] upravitelji imovinom[16] i savetnici pri glasanju.[17]

Institucionalni investitori i upravitelji imovinom često su važni akcionari trgovačkih društava uvrštenih na berzu u Uniji i stoga mogu imati važnu ulogu u

[15] To je društvo koje obavlja poslove životnog osiguranja, reosiguranja i penzionog strukovnog osiguranja – čl. 2. b (e) Direktive 2017/828.

[16] To je investiciono društvo koje ulagačima pruža usluge upravljanja portfeljem - čl. 2. b (f) Direktive 2017/828.

[17] To je pravno lice koje na profesionalnoj i komercijalnoj osnovi analizira saopštenja trgovačkog društva i druge informacije kako bi obavestilo ulagače povodom njihove odluke o glasanju i to tako što sprovodi istraživanja, savetuje ili daje preporuke za glasanje - čl. 2. b (g) Direktive 2017/828.

korporativnom upravljanju tih trgovačkih društava, ali i u pogledu njihove strategije i dugoročnih rezultata.[18]

Međutim, iskustvo poslednjih godina pokazalo je da institucionalni investitori i upravitelji imovinom često: ne učestvuju u trgovačkim društvima u kojima drže akcije;[19] nisu transparentni u pogledu svojih strategija ulaganja, politike učestvovanja i njenog sprovođenja.[20] Zato je u Direktivi predviđeno više mera, koje su inspirisane Kodeksom o upravljanju Velike Britanije,[21] kojima se određuje da su institucionalni investitori i upravitelji imovinom dužni da:

1. Razvijaju i javno otkrivaju politiku učestvovanja u kojoj se opisuje kako uključuju akcionare u svoju strategiju ulaganja. U toj se politici opisuje kako prate trgovačka društva u koja ulažu u pogledu relevantnih pitanja, uključujući strategiju, finansijske i nefinansijske rezultate i rizik, strukturu kapitala, kako vode dijalog s trgovačkim društvima u koja ulažu, izvršavaju pravo glasa i ostala prava povezana s akcijama, sarađuju s drugim akcionarima, komuniciraju sa relevantnim akterima društva, upravljaju stvarnim i mogućim sukobima interesa povezanim sa njihovim angažovanjem.

2. Jednom godišnje javno otkrivaju način na koji se sprovodi njihova politika učestvovanja, uključujući opšti opis načina glasanja, objašnjenje najvažnijeg glasanja i korišćenja usluga savetnika pri glasanju. Oni javno otkrivaju način na koji su glasali na glavnim skupštinama trgovačkih društava u kojima drže ak-

[18] Preambula br. 15 Direktive 2017/828.

[19] Njihove aktivnosti ne opredeljuje mogućnost da društvo dugoročno uspešno posluje, već praćenje cena akcija i strukture indeksa tržišta kapitala, zbog kratkoročnog povrata ulaganja, što može da proizvede negativne posledice na korporativno upravljanje, finansijske i nefinansijske rezultate društva. O tome: preambula br. 2 Direktive 2017/828; *Predlog Direktive o izmeni Direktive 2007/36 i Direktive 2013/34*, eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:59fccf6c-c094-11e3-86f9-01aa75ed71a1. 0009.01/DOC_1 &format = PDF, str. 4.

[20] Preambula br. 16 Direktive 2017/828.

[21] Osnovna načela Kodeksa su sledeća: prvo, institucionalni investitori moraju javno objaviti svoju politiku u odnosu na društva u koja ulažu; drugo, moraju imati strogu politiku rešavanja sukoba interesa koju takođe treba da javno objave; treće, imaju obavezu praćenja društva (monitoring) u kojima imaju akcije; četvrto, moraju utvrditi jasne smernice kada i kako će pojačati svoje upravljačke aktivnosti; peto, treba da budu spremni da deluju s drugim investitorima kada je to potrebno; šesto, moraju imati jasnu politiku glasanja i objavljivati svoju glasačku aktivnost; sedmo, moraju periodično izveštavati o svojim aktivnostima koje se tiču glasanja i ostalim aktivnostima koje su preduzeli u društvima čije akcije drže. O tome: *The UK Stewardship Code*, www.frc.org.uk/getattachment/e2db042e-120b-4e4e-bdc7-d540923533a6/UK-Stewardship-Code-September-2012.aspx, str. 5; *Newsletter – Europe*, ANSA, br. 26/17, str. 12; Čulinović Herc, E., Hasić, T., *nav. članak*, str. 34.

cije. Iz takvog otkrivanja mogu se isključiti glasovi koji su nevažni zbog predmeta glasanja ili veličine udela u trgovačkom društvu (ulagači bi trebali da utvrde vlastite kriterijume za određivanje koji su glasovi nevažni i dosledno ih primenjivati, a to mogu da budu, na primer, glasovi koji su dati u vezi s isključivo proceduralnim pitanjima).[22]

Objavljene informacije moraju da budu besplatno dostupne na internetskim stranicama institucionalnog investitora ili upravitelja imovinom. Ako se investitor ili upravitelj imovinom odluče da ne objave tražene informacije, moraju da o tome daju javno, jasno i argumentovano, objašnjenje.

Osim navedenog, institucionalni investitori imaju i dve dodatne obaveze:

1. Javno otkrivaju način na koji su glavni elementi njihove strategije kapitalnih ulaganja u skladu s profilom i trajanjem njihovih obaveza, posebno dugoročnih.

2. Javno otkrivaju bitne elemente njihovog sporazuma sa upraviteljem imovine, koji ulaže za njihov račun (kako dogovor podstiče upravitelja imovinom da uskladi svoju strategiju ulaganja i odluke s profilom i trajanjem obaveza institucionalnog investitora, posebno dugoročnih obaveza; kako taj dogovor podstiče upravitelja imovinom da donosi odluke o ulaganju na osnovu procena o srednjoročnim i dugoročnim finansijskim i nefinansijskim rezultatima trgovačkog društva u koje se ulaže i da sarađuje s trgovačkim društvima u koja se ulaže radi poboljšanja njihovih srednjoročnih i dugoročnih rezultata; kako su metod i vremenski okvir ocene rezultata upravitelja imovinom i primanja za usluge upravljanja imovinom u skladu s profilom i trajanjem obaveza institucionalnog investitora, posebno dugoročnih obaveza; kako institucionalni investitor prati troškove prometa portfelja koje je ostvario upravitelj imovinom te kako on definiše i prati ciljani promet portfelja ili raspon prometa; trajanje dogovora s upraviteljem imovinom). Ako dogovor s upraviteljem imovinom ne sadrži jedan ili više navedenih elemenata, institucionalni investitor mora za to dati jasno i argumentirano objašnjenje. Objavljene informacije moraju da budu besplatno dostupne na internetskim stranicama institucionalnog investitora.

Upravitelji imovinom, koji su sklopili dogovor sa institucionalnim investitorom, jednom godišnje investitoru otkriju način na koji su njihova strategija ulaganja i njeno sprovođenje u skladu s tim dogovorom, kao i način na koji one doprinose srednjoročnim i dugoročnim imovinskim rezultatima institucional-

[22] Preambula br. 18 Direktive 2017/828.

nog investitora ili fonda. Takvo otkrivanje obuhvata obaveštavanje investotora o ključnim rizicima povezanim sa ulaganjima, o sastavu portfelja, o prometu i troškovima prometa, o korišćenju usluga savetnika pri glasanju za potrebe aktivnosti učestvovanja, kao i o njihovoj politici pozajmljivanja vrednosnih papira i načinu na koji se ona primjenjuje u svrhu izvršavanja aktivnosti učestvovanja, kada je to primenljivo, posebno tokom glavne skupštine trgovačkih društava u koja se ulaže.

Takvo otkrivanje, takođe, obuhvata informacije o tome donose li oni i, ako to čine, na koji način donose odluke o ulaganju na osnovu ocena srednjoročnih i dugoročnih rezultata trgovačkog društva u koje se ulaže, uključujući nefinansijske rezultate, kao i o tome jesu li i, ako jesu, koji su sukobi interesa nastali u vezi s aktivnostima učestvovanja i kako su ih upravitelji imovinom rešavali.

Ako je tako predviđeno, objavljene informacije treba dostaviti na zahtev i drugim ulagačima, ako upravitelj imovinom ne upravlja imovinom na diskrecionoj osnovi pojedinačno za svakog klijenta.

Kada se radi o savetnicima, oni su dužni da javno otkriju kodeks ponašanja koji su prihvatili i da izveštavaju o primeni tog kodeksa. Ako ga ne primenjuju, moraju za to da daju jasno i argumentovano objašnjenje. A, ako ga primjenjuju, ali odstupe od bilo koje od njegovih preporuka, moraju izjaviti od kojih delova odstupaju, dati objašnjenje tog odstupanja i prema potrebi navesti sve donesene alternativne mere. Informacije o ovome moraju biti javno dostupne besplatno na internetskim stranicama savetnika i ažurirati se jednom godišnje.

Kako bi na odgovarajući način informisali svoje klijente o tačnosti i pouzdanosti svojih aktivnosti, savetnici najmanje jednom godišnje javno otkrivaju informacije povezane s pripremom svojih istraživanja, savetovanja i preporuka za glasanje (osnovne karakteristike metodologija i modela koje primjenjuju; glavne izvore informacija kojima se koriste; postupke uvedene radi osiguranja kvaliteta istraživanja, savetovanja i preporuka za glasanje; uzimaju li u obzir i, ako da, na koji način uslove na nacionalnom tržištu - pravne i regulatorne uslove i uslove specifične za trgovačka društva; osnovne karakteristike politika glasanja koje primenjuju za svako tržište; komuniciraju li s trgovačkim društvima koja su predmet njihovih istraživanja, savetovanja ili preporuka za glasanje i sa akterima ovih društva i, ako da, kakva je priroda i obim ovih dijaloga; politiku u pogledu sprečavanja mogućih sukoba interesa i upravljanja njima). Ove informacije moraju da budu javno dostupne na internetskim stranicama savetnika i ostati besplatno dostupne najmanje tri godine od dana objave.

Savetnici su dužni da utvrđuju i bez odlaganja otkrivaju svojim klijentima svaki stvarni ili mogući sukob interesa ili poslovni odnos koji može uticati na pripremu istraživanja, savetovanje ili preporuke za glasanje, kao i mere koje su preduzeli s ciljem uklanjanja ili smanjenja stvarnih ili mogućih sukoba interesa ili upravljanja njima.

PRAVILA U FUNKCIJI ZAŠTITE IMOVINSKIH PRAVA AKCIONARA

Zaštita imovinskih prava akcionara se ostvaruje uz pomoć pravila (čl. 9.a – 9.c) kojima se obezbeđuje kontrola naknada i povezanih transakcija. Ovim pravilima se nastoji da se spreči neosnovano prisvajanje imovine društva i akcionara od strane uprave društva.[23]

Naknade. – Kada se radi o naknadama, u Direktivi je definisano pravo akcionara na izjašnjenje o naknadama i to oni čine dva puta: jednom *ex ante*, kada se izjašnjavaju o politici naknada direktorima[24] koju je predložilo društvo, i drugi put *ex post*, kada glasaju povodom izveštaja o naknadama koje se isplaćuju shodno utvrđenoj politici naknada.[25]

U slučaju *ex ante* glasanja, akcionari se na skupštini izjašnjavaju o politici naknada koju je predložilo društvo. Trgovačka društva svojim direktorima isplaćuju naknade samo u skladu s politikom naknada koja je odobrena na skupštini.[26] U nedostatku saglasnosti, trgovačko društvo može da nastavi isplaćivanje naknade u skladu sa prethodno utvrđenom politikom, ili, u nedostatku takve politike, u

[23] Radolović, V., *nav. članak*, str. 219.

[24] Prema Direktivi „direktor" znači: svaki član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tela trgovačkog društva; ako nije član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tela trgovačkog društva, glavni izvršni direktor i, ako ta funkcija postoji u trgovačkom društvu, zamenik glavnog izvršnog direktora; ako je tako odredila država članica, ostale osobe koje obavljaju funkcije slične napred navedenim (čl. 2. b(i) Direktive 2017/828).

[25] Za razliku od tradicionalnih mehanizama, koje karakteriše reakcija akcionara na utvrđene i isplaćene naknade (u vidu prodaje akcija na tržištu, pokretanja postupka za razrešenje zbog neodgovornog vođenja politike naknada, podnošenje individualne ili derivativne tužbe), moderni mehanizam karakteriše direktan, neposredan uticaj akcionara na visinu i vrstu naknade. O tome: Radović, V., *Naknada članovima uprave akcionarskog društva*, Beograd, 2011, str. 364.

[26] Prisutna su razmišljanja da bi bilo bolje da odbor direktora, kao kvalifikovan i poslovno orijentisan organ, usvaja politiku naknada. O tome: Radović, V., *nav. delo*, str. 379.

skladu sa postojećom praksom. U oba slučaja, društvo mora da na sledećoj skupštini dostavi akcionarima revidiranu politiku na odobrenje.

U slučaju vanrednih okolnosti trgovačko društvo može da privremeno odstupi od politike naknada pod uslovom da politika sadrži procesne uslove pod kojima se to odstupanje može primenjivati i da se u njoj tačno navedu elementi politike od kojih se može odstupati. Vanredne okolnosti obuhvataju samo situacije u kojima je odstupanje od politike naknada potrebno radi ostvarivanja dugoročnih interesa i održivosti trgovačkog društva u celini ili za jemčenje njegovog redovnog poslovanja.[27]

Politika naknada treba da bude predmet odobrenja skupštine ako dođe do bitnih izmena, a u svakom slučaju najmanje svake četvrte godine.

Kad trgovačko društvo isplaćuje varijabilne naknade, u politici naknada određuju se jasni, sveobuhvatni i raznoliki kriterijumi dodele varijabilnih naknada.

Ako trgovačko društvo dodeljuje naknade na osnovu akcija, u politici se određuju rokovi ostvarenja prava i, ako je primenljivo, zadržavanje akcija nakon ostvarenja prava.

U politici naknada navodi se trajanje ugovora ili dogovora s direktorima i otkazni rokovi, glavna obeležja dopunskog penzionog osiguranja ili programa prevremene penzije i uslovi raskida ugovora te plaćanja povezana s raskidom.

Nakon glasanja, politika naknada zajedno sa datumom i rezultatima glasanja se bez odlaganja objavljuje na internetskim stranicama trgovačkog društva i ostaje javno dostupna besplatno najmanje za celo vreme njene primene.

U vezi sa *ex post* glasanjem trgovačko društvo je dužno da sastavi jasno i razumljivo izveštaj o naknadama (Evropska komisija će doneti uputstvo radi standardizovanja izveštaja) koji sadrži sveobuhvatan pregled naknada, uključujući sve koristi u bilo kom obliku, koje su dodeljene ili trebaju biti dodeljene tokom zadnje finansijske godine pojedinim direktorima,[28] uključujući novozaposlene i ne-

[27] U izveštaju o naknadama trebalo bi uključiti informacije o naknadama koje su isplaćene u takvim vanrednim okolnostima (preambula br. 30. Direktive 2017/828).

[28] Otkrivanje naknada pojedinih direktora i objavljivanje izveštaja o naknadama namenjeno je osiguravanju veće korporativne transparentnosti i veće odgovornosti direktora te akcionarima osiguravaju bolji nadzor nad naknadama direktora. Time se stvara nužan preduslov za izvršavanje prava akcionara i njihovo angažovanje u vezi sa naknadama. Otkrivanje takvih informacija akcionarima posebno je potrebno jer im omogućava procenu naknada direktora i izražavanje stavova o modalitetima i visini plata direktora, kao i o vezi između plate i rezultata svakog pojedinog direktora kako bi se ispravile potencijalne situacije u kojima iznos primanja direktora nije opravdan

kadašnje direktore, u skladu sa politikom naknada. Izveštaj sadrži sledeće informacije: ukupni iznos naknada raščlanjeno prema komponentama, relativni udeo fiksnih i varijabilnih naknada, objašnjenje kako su naknade u skladu s donesenom politikom naknada; godišnju promenu naknada, rezultata trgovačkog društva i prosečnih naknada zaposlenih u društvu, osim direktora, koji su bili zaposleni sa punim radnim vremenom, tokom najmanje pet zadnjih finansijskih godina, prikazano tako da se može izvršiti upoređivanje; sve naknade od svih lica koja pripadaju istoj grupi; broj akcija i akcijskih opcija koje su dodeljene ili ponuđene te glavne uslove za izvršenje prava, uključujući cenu i datum izvršenja te svaku njihovu promenu; informacije o upotrebi mogućnosti za povrat varijabilnih naknada; informacije o svakom odstupanju od politike naknada.

Glasanje o izveštaju ima konsultativni karakter, s tim što će društvo u sledećem izveštaju o naknadama navesti na koji je način glasanje uzeto u obzir. Kada se radi o malim i srednjim trgovačkim društvima može se predvideti da se izveštaj o primanjima za zadnju finansijsku godinu podnosi samo na raspravu, bez glasanja, s tim što ostaje obaveza društva da u sledećem izveštaju navede na koji je način rasprava uzeta u obzir.

Nakon skupštine trgovačka društva na svojim internetskim stranicama besplatno, u periodu od 10 godina, čine javno dostupnim izveštaje o naknadama, s tim što mogu odlučiti da izveštaj ostane dostupan tokom dužeg perioda pod uslovom da više ne sadrži lične podatke direktora. Direktori trgovačkog društva, delujući u okviru svojih nadležnosti, imaju kolektivnu odgovornost da osiguraju da se izvještaj sastavi i objavi.

Povezane transakcije. – Transakcije s povezanim licima mogu naštetiti trgovačkim društvima i njihovim akcionarima jer povezanom licu mogu omogućiti prisvajanje vrednosti koja pripada trgovačkom društvu.[29] Stoga je važno predvideti odgovarajuće mere transparentnosti (javna najava, podnošenje na odobrenje) tzv. bitnih transakcija kako bi se zaštitili interesi trgovačkih društava i akcionara i sprečila povezana lica da iskoriste svoj položaj. Pri definisanju bitnih transakci-

sa stanovišta njegovih individualnih rezultata i rezultata trgovačkog društva. Objava izveštaja o primanjima potrebna je kako bi se omogućilo ne samo akcionarima nego i potencijalnim ulagačima da ocene naknade direktora, u kojoj su meri naknade povezane sa rezultatima trgovačkog društva i način na koji trgovačko društvo sprovodi politiku naknada u praksi. Otkrivanjem i objavljivanjem anonimnih izveštaja o naknadama ne bi se mogli postići navedeni ciljevi (preambula br. 33 Direktive 2017/828).

[29] Preambula br. 42 Direktive 2017/828.

ja države članice su slobodne da uzmu u obzir različite kriterijume, kao što je uticaj transakcije na finansijski položaj, prihode, imovinu, kapitalizaciju, ili priroda transakcije i položaj povezane strane.

Trgovačka društva javno najavljuju bitne transakcije s povezanim licima najkasnije u trenutku zaključivanja transakcije.[30] Najava mora sadržati barem informacije o prirodi odnosa s povezanim licem, imenu povezane strane,[31] datumu i vrednosti transakcije i druge informacije potrebne da bi se procenilo da li je transakcija poštena i razumna sa stanovišta trgovačkog društva i akcionara koji nisu povezana strana, uključujući manjinske akcionare.

Uz javnu najavu može se priložiti i izveštaj (može da ga sastavi neko nezavisno treće lice, upravni ili nadzorni organ društva, revizioni ili drugi odbor sastavljen od nezavisnih direktora) o proceni razumnosti i poštenosti transakcije sa stanovišta društva i akcionara koji nisu povezana strana, uključujući manjinske akcionare

Bitne transakcije s povezanim licima odobrava skupština ili upravno ili nadzorno telo trgovačkog društva u skladu s postupcima koji obezbeđuju, s jedne strane, adekvatnu zaštitu interesa društva i akcionara i, s druge strane, sprečavaju da povezana lica da iskoriste svoj položaj radi ostvarenja koristi.[32] Ako transakcija s povezanim licem uključuje direktora ili akcionara, direktor ili akcionar ne učestvuje u odobravanju ili glasanju. Može se dopustiti akcionaru, koji je povezano lice, da učestvuje u glasanju, pod uslovom da se osiguraju zaštitne mere koje se primenjuju pre ili tokom postupka glasanja radi zaštite interesa trgovačkog društva i akcionara koji nisu povezana strana, uključujući manjinske akcionare, tako što se povezana strana sprečava u tome da odobri transakciju uprkos suprotnom mišljenju većine akcionara koji nisu povezana strana (tako što se određuje viši većinski prag za odobrenje transakcije) ili uprkos suprotnom mišljenju većine nezavisnih direktora.

---

[30] Javno otkrivanje tih transakcija, na primer na internetskim stranicama trgovačkog društva ili na druge lako dostupne načine potrebno je kako bi se akcionarima, poveriocima, zaposlenima i drugim zainteresiranim stranama omogućilo da se informišu o potencijalnim efektima koje te transakcije mogu imati na vrednost trgovačkog društva (preambula br. 44 Direktive 2017/828).

[31] Tačno utvrđivanje identiteta povezane strane potrebno je radi bolje procene rizika koji proizlaze iz transakcije i mogućnosti osporavanja transakcije (preambula br. 44 Direktive 2017/828).

[32] Države članice mogu da predvide dvostepeni sistem kontrole bitnih transakcija: *a priori* odobrenje od strane nadležnog tela i *a posteriori* glasanje od strane skupštine. O tome: Association Nationale des Sociétés par Actions, http://www.ansa.fr/upload/file/17_026.pdf, стр. 15.

Napred navedena pravila, ako drugačije nije propisano, ne primjenjuju se na transakcije sklopljene u uobičajenom toku poslovanja i zaključene pod redovnim tržišnim uslovima. Za takve transakcije upravni ili nadzorni organ trgovačkog društva uspostavlja unutrašnji postupak kako bi se periodično ocenilo jesu li ti uslovi ispunjeni (povezane strane ne učestvuju u tom ocenjivanju).

Osim toga, trgovačka društva mogu da isključe primenu napred navedenih pravila na:

a) transakcije sklopljene između trgovačkog društva i njegovih društava ćerki, pod uslovom da su u potpunom vlasništvu trgovačkog društva ili da nijedna druga povezana strana trgovačkog društva nije interesno povezana s društvom ćerkom ili da se nacionalnim pravom pri takvim transakcijama osigurava odgovarajuća zaštita interesa trgovačkog društva, društva ćerke i njihovih akcionara koji nisu povezana strana, uključujući manjinske akcionare;

b) jasno definisane vrste transakcija za koje se nacionalnim pravom zahteva odobrenje glavne skupštine, pod uslovom da se posebno vodi računa o poštenom postupanju prema svim akcionarima i interesima trgovačkog društva i akcionara koji nisu povezana strana, uključujući manjinske akcionare, i da su oni odgovarajuće zaštićeni tim pravnim odredbama;

v) transakcije povezane s naknadama direktora, ili određenim elementima naknada direktora, koje su dodeljene ili će biti dodeljene;

g) transakcije koje su sklopile kreditne institucije na temelju mera čija je svrha zaštita njihove stabilnosti i koje je donelo nadležno telo zaduženo za bonitetni nadzor u smislu prava Unije;

d) transakcije ponuđene svim akcionarima pod istim uslovima, pri kojima se osigurava jednako postupanje prema svim akcionarima i zaštita interesa trgovačkog društva.

ZAKLJUČAK

Direktiva sadrži, u osnovi, dve grupe pravila. Jedna grupa je u funkciji obezbeđivanja potrebnih pretpostavki za angažovanje akcionara na planu ostvarivanja prava, kroz delovanje finansijskih posrednika, kao i u pogledu jasnog određenja u pogledu korporativnog upravljanja društvom od strane institucionalnih investitora i upravitelja imovinom. Ova pravila nedostaju u našim propisima i biće potrebno da se u narednom periodu predvide. Kada se radi o drugoj grupi pravila (pravila o kontroli naknada i povezanih transakcija), kojima se štite ekonom-

ski interesi akcionara, ona su prisutna u Zakonu o privrednim društvima, kao i u Kodeksu korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije (principi 29, 30, 35, 36), s tim što se moraju na odgovarajući način nadograditi.

MIODRAG MIĆOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

CONTEMPORARY LEGAL FRAMEWORK FOR SHAREHOLDERS' ENGAGEMENT

Summary

The subject of the legal analysis in this paper are the rules contained in the EU Directive 2017/828 on the encouragement of long-term shareholder engagement and, which replaced the former Directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies. While former Directive focused on defining the preconditions for easier access of shareholders to the information relevant to the general meeting and exercising voting rights, new Directive seeks to eliminate the observed shortcomings in the realization of the rights and establishing a transparent relationship between the company and the investor. With regard to this, current Directive introduces rules defining the requirements in terms of: transmission of information, identification of and exercise of shareholders' rights; transparency of institutional investors, asset managers and proxy advisors in the voting; director's remuneration and transactions with related parties.

VLADIMIR KOZAR,
VANDA BOŽIĆ

KRITIČKI OSVRT NA POLOŽAJ POVEZANIH LICA U STEČAJNOM POSTUPKU

– U svetlu novih zakonskih rešenja –

U V O D

Novelama Zakona o stečaju iz avgusta 2014. godine[1] izmenjena su i dopunjena čak 62 člana osnovnog zakonskog teksta,[2] a dodati su i novi članovi 117a, 174a, 174b i 204a. Ovako brojne i obimne izmene ukazuju da je trebalo doneti novi zakon, a ne menjati postojeći. Stečajni postupci koji do dana stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o stečaju nisu okončani, okončaće se po propisima koji su bili na snazi do dana stupanja na snagu ovog zakona.[3] Kako novele iz 2014. godine nemaju retroaktivnu primenu, svi stečajni postup-

Dr Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

Dr Vanda Božić, naučni saradnik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

[1] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o stečaju , "Službeni glasnik RS", br. 83/14.

Stupio je na snagu 13. avgusta 2014., osim odredaba o objavljivanju svih podnesaka stečajnog upravnika i učesnika u postupku, koje se primenjuju od 1. januara 2015., a odredbe o načinu dostavljanja i objavljivanja izveštaja stečajnog upravnika primenjuju se od 1. oktobra 2014.

[2] Osnovni zakonski tekst objavljen je u "Službenom glasniku RS", br. 104/09.

[3] Čl. 68. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o stečaju

ci u kojima je predlog za pokretanje stečaja podnet pre 13. avgusta 2014. godine, okončaće se po odredbama osnovnog teksta Zakona o stečaju iz 2009. godine ili prethodnih stečajnih zakona. To znači da će se u sudovima paralelno primenjivati različita procesna pravila, u zavisnosti od toga kada je postupak pokrenut.

Novelirani Zakon o stečaju razlikuje *međusobno povezana lica* koja se određuju prema definiciji iz Zakona o privrednim društvima,[4] npr. kada se kao poverioci jednog istog stečajnog dužnika pojavljuju više međusobno povezanih poverilaca, a koja nisu ni u kakvoj vezi sa stečajnim dužnikom, od *lica povezanih sa stečajnim dužnikom* na koja se odnosi definicija povezanih lica iz čl. 125. Zakona o stečaju.

Međutim, u stečaju se pojavljuje još jedna – treća kategorija povezanih lica, koju zakon ne uređuje. To su međusobno povezani stečajni dužnici. Primera radi, kada jedan poverilac blokira sve solidarne dužnike, koji su istovremeno i pravna lica povezana kapitalom, ostvaruje se stečajni razlog za celu grupu povezanih lica za jedan isti dug. Stečaj grupe međusobno povezanih pravnih lica naziva se konsolidovani stečaj. Prilikom pripreme predloga novela iz 2014. godine, razmatrano je i uvođenje konsolidovanog stečaja, od čega se nakon detaljne analize i obavljenih konsultacija odustalo.

U Zakonu o stečaju iz 2009. godine povezana lica pominju se samo na četiri mesta, odnosno u četiri člana. Novelirani Zakon o stečaju povezana lica uređuje brojnim odredbama sadržanim u čl. 21, 36, 38, 54, 120, 123, 125, 156. i 165.

Novelama je značajno pogoršan procesni položaj lica povezanih sa stečajnim dužnikom, kroz ograničavanje ili isključenje njihovih prava. Uvođenje restriktivnog režima za povezana lica obrazloženo je potrebom otklanjanja uzroka koji su omogućavali zloupotrebe i korupciju. Predviđeno da se lica koja su povezana sa stečajnim dužnikom namiruju u novoustanovljenom poslednjem - četvrtom isplatnom redu i ne mogu da budu birana u odbor poverilaca, kako bi se sprečilo preglasavanje ostalih stečajnih poverilaca od strane povezanih lica. Bitna novina je da lica povezana sa stečajnim dužnikom (osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita ili zajmova) čine posebnu klasu poverilaca i ne glasaju o planu reorganizacije, čime su onemogućene zloupotrebe od strane povezanih lica. Promena položaja povezanih lica ogleda se i u isključenju prava imenovanja za stečajnog upravnika ili za nezavisno stručno lice koje prati

[4] "Službeni glasnik RS", br. 36/11 i 99/11

sprovođenje plana reorganizacije. Takođe, olakšano je pobijanje pravnih poslova zaključenih sa povezanim licima.

U obrazloženju predloga novela izneto je i mišljenje da promena tretmana povezanih lica može dovesti do značajnog smanjenja kreditiranja unutar grupa povezanih lica i pozajmica vlasnika.[5] U situaciji kada dužnik nema pristup drugim izvorima finansiranja, nove odredbe mogu demotivisati vlasnike da vrše dalja ulaganja. Ipak, bez obzira na navedena ograničenja, izmene su usvojene uz obrazloženje da je reč o pravičnijem rešenju koje treba da smanji zloupotrebe uočene u dosadašnjoj praksi.

Pored toga, u nacrtu novela bilo je predloženo da se povezanim licima onemogući da učestvuju u skupštini poverilaca, ali je u toku diskusije u okviru usmene rasprave preovladalo mišljenje da bi se na ovaj način došlo do kršenja osnovnih prava pa je zauzet stav da takvo rešenje nije prihvatljivo.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o stečaju iz 2017. godine,[6] nisu menjana pravila o povezanim licima sa stečajnim dužnikom, niti je uveden konsolidovani stečaj. Dodato je samo jedno pravilo koje se odnosi na međusobno povezana lica: novim članom 136g ustanovljeno zakonsko pravo preče kupovine u korist razlučnog, odnosno založnog poverioca, za imovinu koja je pod teretom i koja je predmet prodaje putem neposredne pogodbe, s tim što je banci ili drugom poveriocu omogućeno da pravo preče kupovine koristi i preko povezanog lica (stav 2).[7]

Položaj povezanih lica prema odredbama stečajnog zakonodavstva

U Zakonu o stečaju iz 2009. godine povezana lica pominju se samo na četiri mesta, odnosno u četiri člana.

Prvo pravilo tiče se izbora odbora poverilaca, a sadržano je u članu 38. stav 4. prema kome poverioci koji su međusobno povezana lica u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva ne mogu imati više od jednog člana odbora poveri-

[5] Obrazloženje Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o stečaju, dostupno na: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=208453,10.08.2014., str 44.

[6] *Službeni glasnik RS*, br. 113/2017, stupio na snagu 25. decembra 2017. godine.

[7] Kozar V, Aleksić N, *Komentar zakona o stečaju sa novelama iz 2017. godine i sudskom praksom*, Beograd, 2018, str. 456. i 457.

laca. Ovo pravilo, u suštini je zadržano i u noveliranom zakonu, s tim što je precizirano da poverioci koji nisu lica povezana sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, a koji su međusobno povezana lica u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva, ne mogu imati više od jednog člana odbora poverilaca (novelirani dosadašnji stav 4. koji postaje stav 6). Na ovom mestu, a i kasnijim odredbama zakon razlikuje *međusobno povezana lica* koja se određuju prema definiciji iz Zakona o privrednim društvima[8] od *lica povezanih sa stečajnim dužnikom* na koja se odnosi definicija povezanih lica iz člana 125. Zakona o stečaju. Međusobno povezana lica nisu ni u kakvoj vezi sa stečajnim dužnikom, njegovim članovima ili organima, ni putem kapitala, a niti putem personalnog srodstva.

Zatim, sledi pravilo iz člana 120. stav 4. koje propisuje pretpostavku nesavesnosti za povezana lica, prilikom pobijanja pravnih poslova ili drugih pravnih radnji uobičajenog namirenja, prema kome se za lice koje je bilo povezano sa stečajnim dužnikom u vreme preduzimanja pravnog posla ili druge pravne radnje smatra da je znalo ili moralo znati za nesposobnost za plaćanje ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka, čime se olakšava pobijanje jer se uvodi neoboriva pretpostavka nesavesnosti pa tužilac ne mora da dokazuje činjenicu nesavesnosti, a tuženi ne može da ospori dokazivanjem o suprotnom. Ova pretpostavka nije menjana novelama iz 2014. godine.

U članu 125. data je definicija povezanih lica u smislu Zakona o stečaju. Povezanim licima stečajnog dužnika u smislu ovog zakona smatraju se: direktor, član organa upravljanja ili organa nadzora stečajnog dužnika; član stečajnog dužnika koji za njegove obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom;[9] član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu stečajnog dužnika; pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; lica koja zbog svog posebnog položaja u društvu imaju pristup poverljivim informacijama ili imaju mogućnost da se upoznaju sa finansijskim stanjem stečajnog dužnika; lice koje je faktički u poziciji da vrši značajniji uticaj na poslovanje stečajnog dužnika; lice koje je srodnik po krvi u pravoj liniji bez obzira na stepen ili u po-

[8] Pojam povezanih lica utvrđen je odredbama člana 62. Zakona o privrednim društvima *"Službeni glasnik RS", br. 36/11 i 99/11.* Za određivanje povezanih pravnih lica koristi se kriterijum *uzajamnog relativnog kapital učešća*, više: Vasiljević M, *Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima*, Beograd, 2011, str. 107.

[9] Više o neovlaštenom otuđenju imovine vidi: Božić V, Kozar V, *Neovlašteno otuđenje imovine u stečajnom postupku s aspekta krivičnopravne i građanskopravne odgovornosti*, Nezavisnost pravosuđa (ur. Milorad Beatović), Collection of Papers, Faculty of Law for Commerce and Judiciary, Novi Sad, 2017, str. 249-260.

bočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva, srodnik po tazbini do drugog stepena srodstva ili bračni drug fizičkih lica iz tač. 1-3 i 5-6 ovog člana.

Definicija povezanih lica nije menjana novelama Zakona o stečaju iz avgusta 2014. godine, ali je njen domašaj bio sužen, i u periodu od 23. januara 2010. godine kao dana početka primene[10] do 13. avgusta 2014. godine. Ona se u suštini odnosila samo na pretpostavku nesavesnosti iz člana 120. stav 4, jer je služila isključivo za određivanje povezanih lica za koja se po zakonu smatralo da su znala ili morala znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka, što je olakšavalo pobijanje pravnih poslova i drugih pravnih radnji uobičajenog namirenja preduzetih u korist povezanih lica.

U pravnoj teoriji opredeljenje zakonodavca da *pojam povezanih lica* na različit način definiše u Zakonu o privrednim društvima, kao opštem propisu i u Zakonu o stečaju, izloženo je kritici.[11] Takođe ukazano je i na određene razlike između definicije povezanih lica iz člana 62. Zakona o privrednim društvima u odnosu na definiciju iz člana 125. Zakona o stečaju, koja se odnosi na stepen krvnog srodstva. Isto tako, za razliku od Zakona o privrednim društvima, Zakon o stečaju povezanim licem smatra samo ono pravno lice koje je pod kontrolom stečajnog dužnika, a ne i, u smislu Zakona o privrednim društvima na primer, drugo pravno lice koje je zajedno sa stečajnim dužnikom pod kontrolom trećeg lica. Istaknuto je mišljenje da je reč ili o grešci zakonodavca ili o nameri da se izostavljanjem ovih lica iz posebnog restriktivnog režima propisanog za povezana lica, njima dozvoli učešće u odboru poverilaca i glasanje o planu reorganizacije, što je ocenjeno kao nepravično rešenje, protivno interesu svih poverilaca.[12]

I najzad, u Zakonu o stečaju iz 2009. godine povezana lica navode se u članu 165. stav 5. kod glasanja o planu reorganizacije, tako što je stečajnom sudu data mogućnost odnosno diskreciono ovlašćenje da naloži formiranje posebne klase poverilaca ako na osnovu dostavljenih dokaza utvrdi da su poverioci koji imaju više od 30% potraživanja u okviru jedne od klasa: lica povezana sa licem koje je kontrolni član ili akcionar ili poseduje značajno učešće u kapitalu stečajnog dužnika, u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; pravna lica u kojima

[10] Zakon o stečaju objavljen je u "*Službenom glasniku RS*", br. 104/09, stupio je na snagu 24. decembra 2009., a počeo da se primenjuje 23. januara 2010.

[11] Tanasković Z, Povezana lica prema izmenama i dopunama Zakona o stečaju,*Pravni informator*, br.10/14, str. 9.

[12] *Ibid*.str. 10.

su lica iz tačke 1. ovog stava direktno ili indirektno kontrolni članovi ili akcionari, odnosno poseduju značajno učešće u kapitalu, u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; lica koja sa licima iz tač.1-2. ovog stava deluju zajedno u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva.

U tom slučaju, navedena lica činila su posebnu klasu poverilaca i nisu glasala o planu reorganizacije.[13] Ovo fleksibilno pravilo u osnovnom zakonskom tekstu, značajno je promenjeno novelama iz 2014. godine, uvođenjem rigidne odredbe da lica povezana sa stečajnim dužnikom (osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita ili zajmova) čine posebnu klasu poverilaca i ne glasaju o planu reorganizacije.[14] Na ovaj način, povezanim licima u svakom slučaju onemogućeno je da glasaju o planu reorganizacije bez obzira na visinu njihovih pojedinačnih potraživanja, i udeo potraživanja povezanih lica u pojedinoj klasi.

Ograničenje u imenovanju stečajnog upravnika i zabrana izbora lica povezanih sa stečajnim dužnikom u odbor poverilaca prema novelama stečajnog zakona

Novelama iz 2014. godine dopunjen je član 21. Zakona o stečaju, koji reguliše ograničenje u imenovanju stečajnih upravnika, tako što se proširuje krug lica koja ne mogu biti imenovana za stečajnog upravnika na vlasnika i lica povezana sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, na koji način se sprečavaju zloupotrebe.[15]

Za stečajnog upravnika ne može biti imenovano lice koje je: srodnik po krvi u pravoj liniji bez obzira na stepen ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva, srodnik po tazbini do drugog stepena srodstva ili bračni drug stečajnog sudije, odnosno direktora, vlasnika ili člana organa upravljanja stečajnog dužnika ili lica povezanog sa stečajnim dužnikom (tačka 2); solidarni dužnik sa stečajnim dužnikom ili licem povezanim sa stečajnim dužnikom (tačka 3); bilo direktor, vlasnik ili član organa upravljanja ili nadzornog organa stečajnog dužnika ili lica povezanog sa stečajnim dužnikom, u poslednje dve godine pre otvaranja stečaj-

[13] Član 165. stav 6.

[14] Novelirani član 165. stav 7.

[15] Kozar V, *Komentar Zakona o stečaju, sa novelama iz 2014. godine i sudskom praksom,* Beograd, 2014, str. 49.

nog postupka (tačka 4); bilo zaposleno kod stečajnog dužnika ili lica povezanog sa stečajnim dužnikom u poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka (tačka 5); poverilac stečajnog dužnika ili lica povezanog sa stečajnim dužnikom, ili je kod takvog lica bilo zaposleno u poslednjih šest meseci pre otvaranja stečajnog postupka (tačka 6); dužnik stečajnog dužnika ili lica povezanog sa stečajnim dužnikom, ili je kod takvog lica bilo zaposleno u poslednjih šest meseci pre otvaranja stečajnog postupka (tačka 7); radilo kao savetnik stečajnog dužnika ili lica povezanog sa stečajnim dužnikom, u poslovima vezanim za imovinu stečajnog dužnika u poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka (tačka 9).

Novelama iz 2014. godine izmenjen je i stav 1. člana 36. tako što je izvršeno usaglašavanje sa izmenama člana 35. stav 1. u pogledu obaveze formiranja skupštine poverilaca na prvom poverilačkom ročištu odnosno nemogućnosti formiranja skupštine poverilaca pre prvog poverilačkog ročišta.

Takođe, predviđena je obaveza stečajnog upravnika da na početku prvog poverilačkog ročišta stečajnom sudiji i prisutnim poveriocima dostavi pregled svih potraživanja lica povezanih sa stečajnim dužnikom u smislu ovog zakona.[16] Na navedeni način otklanja se mogućnost da u odbor poverilaca budu izabrana lica koja su povezana sa stečajnim dužnikom, čime se sprečavaju zloupotrebe povezanih lica da preko odbora poverilaca utiču na tok stečajnog postupka.[17]

Izmenom stava 1. člana 38. da izbor odbora poverilaca vrši skupština na prvom poverilačkom ročištu, izvršeno je usklađivanje sa izmenama člana 35. stav 1. i člana 36. stav 1., kao i s obzirom da se tada pouzdano može znati lista verovatnih poverilaca i to da li imaju status povezanih lica. Na ovaj način sprečava se da u odbor poverilaca budu birana lica povezana sa stečajnim dužnikom.

Prema noveliranom stavu 3. člana 38. članovi odbora poverilaca mogu biti stečajni poverioci, bez obzira na visinu svog potraživanja. Takvo pravilo postojalo je i u osnovnom zakonskom tekstu, a ograničenje da poverioci koji su istovremeno i zaposleni ili bivši zaposleni kod stečajnog dužnika ne mogu imati više od jednog člana odbora poverilaca *premešteno* je u stav 5.

Novi stav 4. člana 38. precizira da stečajni poverilac može sebe ili drugog stečajnog poverioca predložiti za člana odbora poverilaca

[16] Novi stav 6. člana 36.

[17] Kozar V, Izmena položaja povezanih lica u stečajnom postupku, *Pravo i privreda*, br. 1-3/2015, str. 47.

Poverioci koji nisu lica povezana sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, a koji su međusobno povezana lica u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva, ne mogu imati više od jednog člana odbora poverilaca.[18]

Novelama iz 2014. godine uvedena je zabrana članstva u odboru poverilaca za povezana lica, iz koje su izuzete banke i druge finansijske institucije: "Poverioci koji su lica povezana sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita, ne mogu biti članovi odbora poverilaca."[19]

"Ako se na prvom poverilačkom ročištu ne formiraju poverilački organi, dužnost odbora poverilaca vrši pet poverilaca, osim lica povezanih sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, čija su pojedinačna neobezbeđena potraživanja najveća prema pregledu potraživanja formiranom za potrebe glasanja na prvom poverilačkom ročištu."[20]

Potraživanja lica povezana sa stečajnim dužnikom u četvrtom isplatnom redu

Novelama iz 2014. godine uveden je novi - četvrti isplatni red u koji spadaju potraživanja lica povezanih sa stečajnim dužnikom u smislu ovog zakona.

Naime, predviđeno je da u četvrti isplatni red spadaju potraživanja nastala dve godine pre dana otvaranja stečajnog postupka po osnovu zajmova, kao i drugih pravnih radnji koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, u delu u kojem ti zajmovi nisu obezbeđeni, a koji su stečajnom dužniku odobreni od strane lica povezanih sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita i zajmova.[21]

Međutim, potraživanja povezanih lica nastala po osnovu zajmova više od dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, kao i potraživanja čiji pravni osnov nisu zajmovi i slični pravni poslovi (npr. potraživanja dividende), spadaju u treći

[18] Novelirani dosadašnji stav 4. koji postaje stav 6.

[19] Novi stav 7. člana 38.

[20] Dosadašnji stav 9. koji je postao izmenjeni stav 13. člana 38.

[21] Član 54. stav 4. tačka 4.

isplatni red, dok se obezbeđeni zajmovi namiruju odvojeno, jer u pogledu obezbeđenih potraživanja i povezana lica imaju status razlučnih poverilaca.[22]

Namerno oštećenje poverilaca

Novelama iz 2014. godine dopunjene su odredbe o namernom oštećenju poverilaca iz člana 123, dodavanjem dva nova stava, i to stava 2. koji oduzima pravno dejstvo obezbeđenju koje je stečajni dužnik dao za zajam svome povezanom licu i stava 3. koji omogućava pobijanje vraćanja kredita ili zajam povezanom licu u poslednjoj godini pre otvaranja.

Obezbeđenje koje stečajni dužnik dao za zajam odnosno druge pravne radnje koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, licu povezanom sa stečajnim dužnikom, osim lica koje se u okviru svoje redovne delatnosti bavi davanjem kredita ili zajmova, u trenutku kada je bilo trajnije nesposobno za plaćanje ili u roku od godinu dana pre dana otvaranja stečaja nad društvom, ne proizvodi pravno dejstvo u postupku stečaja nad društvom (stav 2).

Bitno je uočiti da Zakon o stečaju u članu 123. stav 2. uslove za prestanak dejstva obezbeđenja propisuje alternativno. Dakle, dovoljno je da je ispunjen jedan od uslova - ili da je obezbeđenje dato unutar godinu dana pre dana otvaranja stečaja nad društvom ili i pre više od godinu dana, ako je društvo u tom trenutku bilo nesposobno za plaćanje. Na sličan način bili su propisani uslovi za prestanak obezbeđenja u članu 181. Zakona o privrednim društvima, ali su se isti odnosili na obezbeđenje koje je društvo dalo za zajam od člana društva, a ne za zajam koje je član društva ili druge lice povezano sa stečajnim dužnikom, uzelo od trećeg lica – zajmodavca.

Ako je obezbeđenje hipoteka ili ručna zaloga, takav poverilac u stečaju ima status založnog poverioca. Noveliranim zakonom definisani su založni poverioci kao poverioci koji imaju založno pravo na stvarima ili pravima stečajnog dužnika o kojima se vode javne knjige ili registri, a nemaju novčano potraživanje prema stečajnom dužniku koje je tim založnim pravom obezbeđeno, oni nisu stečajni poverioci i nisu razlučni poverioci. Dužni su da u roku za podnošenje prijave

[22] Kozar V, Dejstvo otvaranja stečaja na zajmove i obezbeđenja povezanih lica, Pravni informator, br. 10/14, str. 4.

potraživanja obaveste sud o založnom pravu, uz dostavljanje dokaza o postojanju založnog prava i izjave o iznosu novčanog potraživanja prema trećem licu koje je tim pravom obezbeđeno na dan otvaranja stečajnog postupka, čime stiču svojstvo stranke. Založni poverioci ne mogu da biraju i da budu birani u skupštinu i odbor poverilaca.[23] Založni poverioci su se u dosadašnjoj praksi javljali u slučaju povezanih lica, kada je jedno lice prilikom odobravanja kredita od banke koristilo imovinu drugog lica (koje kasnije postaje stečajni dužnik), kao obezbeđenje (*kolateral*) kojim se garantuje povraćaj kredita.[24] U pravnoj teoriji ova nova vrsta poverilaca naziva se "založni poverioci sa potraživanjima prema trećem licu."[25]

Obezbeđenje koje je stečajni dužnik dao za obaveze svoga člana ili drugog povezanog lica, ne mora nužno biti stvarno-pravno (hipoteka, zaloga), već npr. to može biti i menica, koja pored instrumenta platnog prometa ima i ulogu sredstva obezbeđenja potraživanja, a takođe i zaloga na potraživanju od svog dužnika.

Takođe, može se postaviti i pitanje prestanka važnosti bankarskih garancija sa klauzulom "bez prigovora" i "na prvi poziv" koje su izdate u korist poverilaca lica povezanih sa stečajnim dužnikom, radi obezbeđenja zajmova, a po nalogu stečajnog dužnika kao ugovorne strane iz ugovora o izdavanju bankarske garancije, zaključenim sa bankom - garantom. Jer, banka koja plati korisniku bankarske garancije (zajmodavcu lica povezanog sa stečajnim dužnikom) ima pravo regresa prema nalogodavcu – stečajnom dužniku,[26] čime se posredno umanjuje imovina stečajnog dužnika u korist njegovih članova ili drugih povezanih lica – zajmoprimaca, koji neće morati da vrate zajam svome poveriocu - zajmodavcu, s obzirom da je to banka učinila umesto njih, plaćajući po garanciji koju je izdala u korist zajmodavca, a po nalogu stečajnog dužnika.

---

[23] Novelirani čl. 49. st. 5–7.

[24] Radulović B, *Stečaj u Srbiji – činjenice, zablude i nameravane posledice*, Ekonomska politika Srbije u 2014: Mogućnosti privrednog rasta u uslovima reformi i fiskalne konsolidacije u: Šoškić B, Arsić M, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 144-145.

[25] Radović M, *Položaj založnih ("hipotekarnih") poverilaca u stečajnom postupku*, Pravo i privreda, br. 4-6/14, str. 256.

[26] Dukić-Mijatović M, *Ostvarivanje regresa kod osiguranja bankarskih poslova*, *Pravni život*, br. 11/06, str.. 799-809. U čl. 1087. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima propisano je da je nalogodavac dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila po osnovu garancije izdate sa klauzulom "bez prigovora", "na prvi poziv".

Plan reorganizacije u kontekstu novih odredbi stečajnog zakona

Novelom iz 2014. godine izvršene su izmene u članu 156. stav 1. koji propisuje obaveznu sadržinu plana reorganizacije, tako što su dodate nove tač. 17-19, kojima se preciziraju podaci o licima koja po osnovu plana reorganizacije postaju članovi tog pravnog lica i podaci o licima koja su povezana sa stečajnim dužnikom u smislu ovog zakona kao i dokumentacija koja se podnosi uz plan reorganizacije (procena vrednosti imovine stečajnog dužnika, ne stariju od šest meseci pre dana podnošenja plana reorganizacije).[27]

Poverioci mogu postati članovi stečajnog dužnika, a time i lica povezana sa stečajnim dužnikom, po osnovu mere pretvaranja potraživanja u kapital iz plana reorganizacije.[28] U pravnoj teoriji se ističe da u slučaju pretvaranja dugova u akcije, tj. akcijski kapital dolazi do nove emisije akcija kada se povećava kapital stečajnog dužnika, s tim što se mora definisati položaj poverioca kao novih akcionara, kao i odnos dužnika protiv koga je pokrenut stečajni postupak prema tim akcionarima. Povećanje kapitala dolazi u obzir jedino ako to odgovara poveriocima, jer je osnovni cilj izdavanja novih akcija adekvatno namirenje poverilaca.[29] Na opisani način, pretvaranjem potraživanja u uloge, poverioci preuzimaju kontrolu nad dužnikom, samim tim što se njihova potraživanja pretvaraju u osnovni kapital dužnika, s tim što ovu meru valja precizirati u zavisnosti od različitih statusnih oblika koje može imati dužnik kao privredno društvo, odnosno drugi privredni subjekat.[30]

Zatim je dodat novi stav 2. kojim je propisano ograničenje prema kome nezavisno stručno lice koje prati sprovođenje plana reorganizacije, ne može da bude lice koje je zaposleno kod stečajnog dužnika ili lica koje je povezano sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, kao ni lice koje je povezano sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona. Na taj način smanjuje se mogućnost zloupotreba.

---

[27] Više o odgovornosti u raspolaganju imovinom u stečajnom postuku vidi: Božić V, Kozar V, *Kaznenopravna i građanskopravna odgovornost za stečaj i štetu u vezi raspolaganja s imovinom* u: Zdravko Petrović et al.(urednik) Naknada štete i osiguranje – Savremeni izazovi, Kopaonik – Beograd, 2016, Intermex, str. 232-253.

[28] Član 157. stav 1. tačka

[29] Jovanović – Zattila M, Čolović V, *Stečajno pravo*, Beograd, 2007, str. 172.

[30] Čolović V, Milijević N, *Stečajni postupak*, Banja Luka, 2004, str. 114.

Posebna klasa poverilaca koja ne glasa o planu reorganizacije

Mogućnost povezanih lica da presudno utiču na ishod glasanja u stečaju, preglasavanjem ostalih stečajnih poverilaca, što je, kako u pravnoj teoriji,[31] tako i u obrazloženju predloga novela iz 2014. godine,[32] označeno kao ključni problem, koji se javljao kod unapred pripremljenih, ali i kod običnih planova reorganizacije, rešen je izmenom člana 165. stav 7.

Navedenim je propisano da lica povezana sa stečajnim dužnikom (osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita ili zajmova) čine posebnu klasu poverilaca i ne glasaju o planu reorganizacije, na koji način će biti onemogućene zloupotrebe od strane povezanih lica. U slučaju plana reorganizacije podnetog u stečajnom postupku, potraživanja povezanih lica namiruju se na isti način i pod istim uslovima kao potraživanja iz klase stečajnih poverilaca prema isplatnom redu u koje je razvrstano njihovo potraživanje.

U dosadašnjoj praksi odnosno pre novele iz 2014. godine, nije dolazilo do formiranja posebne klase bez prava glasa iako je takva mogućnost (dakle ne i obaveza) bila propisana u članu 165. st. 5. i 6. osnovnog zakonskog teksta.[33]

Na ovaj način izmenjen je "isuviše povoljan položaj povezanih lica" u osnovnom zakonskom tekstu, na koji je ukazano u pravnoj teoriji.[34] Postoje mišljenja da su banke neopravdano izuzete, kao povezana lica, od zabrane glasanja kod usvajanja plana reorganizacije, odnosno da je i bankama, koje su povezane sa stečajnim dužnikom, trebalo onemogućiti da glasaju o planu reorganizacije, upravo da bi se sprečile zloupotrebe banaka kada se jave kao povezana lica u stečaju.[35]

U slučaju plana reorganizacije podnetog u stečajnom postupku, potraživanja povezanih lica namiruju se na isti način i pod istim uslovima kao potraživanja iz klase stečajnih poverilaca prema isplatnom redu u koje je razvrstano njihovo potraživanje (stav 7).

---

[31] Op. cit. u nap. 25. str. 133-134.

[32] Op. cit. u nap. 5.

[33] Kozar V, *Dejstvo otvaranja stečaja na zajmove i obezbeđenja povezanih lica*, *Lege Artis*, br. 26/14, str. 30.

[34] Op. cit. u nap. 25. str. 132.

[35] Op. cit. u nap. 11. str. 14.

Ovo pravilo nije sasvim jasno, ali verovatno upućuje na novoustanovljen četvrti isplatni red, u koji spadaju potraživanja lica povezanih sa stečajnim dužnikom u smislu ovog zakona. Predviđeno je da u četvrti isplatni red spadaju potraživanja nastala dve godine pre dana otvaranja stečajnog postupka po osnovu zajmova, kao i drugih pravnih radnji koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, u delu u kojem ti zajmovi nisu obezbeđeni, a koji su stečajnom dužniku odobreni od strane lica povezanih sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita i zajmova.[36]

S druge strane, potraživanja povezanih lica nastala po osnovu zajmova više od dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, kao i potraživanja čiji pravni osnov nisu zajmovi i slični pravni poslovi (npr. potraživanja dividende), spadaju u treći isplatni red, dok se obezbeđeni zajmovi namiruju odvojeno, jer u pogledu obezbeđenih potraživanja i povezana lica imaju status razlučnih poverilaca.[37]

Konsolidovani stečaj – pro et contra

Prilikom pripreme predloga novela iz 2014. godine, razmatrano je i uvođenje konsolidovanog stečaja, od čega se koji se nakon detaljne analize i obavljenih konsultacija odustalo.[38]

Razmatrana su razna konkretna rešenja. U slučaju kada se vodi stečajni postupak nad dva ili više povezanih lica, među kojima je i matično društvo, postupak bi se sprovodio po sledećim pravilima: imenuje se jedan stečajni upravnik, postoji jedna skupština poverilaca, bira se jedan odbor poverilaca; postupak stečaja pokreće se i postupak sprovodi stečajni sudija nadležan prema sedištu matičnog društva; obrazuje se jedna stečajna masa; priprema se i glasa se o jednom planu reorganizacije za sva povezana lica; načelo ravnomernog namirenja poverilaca primenjuje se na stečajne poverioce svih povezanih lica; međusobna potraživanja povezanih lica brišu se.

[36] Član 54. stav 4. tačka 4.

[37] Op. cit. u nap. 7. str. 502.

[38] Op. cit. u nap. 5. str. 47.

Pitanje konsolidovanog stečaja aktuelno je naročito u slučaju solidarnosti dužnika, npr. kod jemstva za obaveze iz ugovora u privredi, davanja korporativnih garancija ili pristupanja dugu, s obzirom da ove instrumente obezbeđenja najčešće daju bankama i drugim poveriocima, odnosno međusobno "razmenjuju" povezana lica.[39] U tom slučaju može se desiti da jedan poverilac blokira sve solidarne dužnike, čime se ostvaruje stečajni razlog za celu grupu povezanih lica za jedan isti dug. Na problem višestruke prijave potraživanja po osnovu solidarne odgovornosti povezanih lica u svim stečajnim postupcima, koji je trebalo rešiti odgovarajućim zakonskim novelama, ukazano je i u pravnoj teoriji. [40]

Zatim taj poverilac može da uslovljava ili blokira izglasavanje plana reorganizacije kod svakog od povezanih lica, solidarnih sadužnika, sa istom potraživanjem, dakle kako kod glavnog dužnika, tako i kod jemaca, odnosno pristupioca dugu.

Na ovaj način jedno potraživanje "multiplikuje" se na svojevrstan način,[41] što bi trebalo sprečiti ili ograničiti odgovarajućim zakonskim izmenama ili u nedostatku istih, odgovarajućim tumačenjem u sudskoj praksi i kreiranjem pravila konsolidovanog stečaja odnosno reorganizacije, npr. da takav poverilac bude svrstan u posebnu klasu poverilaca sa uslovim potraživanjima (raskidni uslov) koja ne glasa o planu reorganizacije kod povezanih lica – jemaca, već samo prilikom odlučivanja o planu reorganizacije kod glavnog dužnika, odnosno kod lica koje je primilo korist, za koju poverilac potražuje naknadu.[42]

ZAKLJUČAK

Novelirani Zakon o stečaju razlikuje "međusobno povezana lica" koja se određuju prema definiciji iz Zakona o privrednim društvima od "lica povezanih sa stečajnim dužnikom" na koja se odnosi definicija povezanih lica iz člana 125. Zakona o stečaju.

---

[39] Op. cit. u nap. 17. str. 55.

[40] Op. cit. u nap. 24. str. 145. i 146.

[41] Kozar V, Dukić Mijatović M, Consolidated Bankruptcy of Related Persons, *Pravo-teorija i praksa,* br. 7, 9/15, str. 6.

[42] Op. cit. u nap. 15. str. 181.

U stečaju se pojavljuje još kategorija povezanih lica koju zakon ne uređuje. To su međusobno povezani stečajni dužnici, a stečaj grupe međusobno povezanih pravnih lica naziva se konsolidovani stečaj.

Novelama je značajno pogoršan procesni položaj lica povezanih sa stečajnim dužnikom, kroz ograničavanje ili isključenje njihovih prava.

Lica koja su povezana sa stečajnim dužnikom namiruju u novoustanovljenom poslednjem - četvrtom isplatnom redu za potraživanja nastala dve godine pre dana otvaranja stečajnog postupka po osnovu zajmova kao i drugih pravnih radnji koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, u delu u kojem ti zajmovi nisu obezbeđeni.

Takođe, ova lica ne mogu da budu birana u odbor poverilaca. Zabrana izbora lica povezanih sa stečajnim dužnikom u odbor poverilaca uvedena je kako bi se sprečilo preglasavanje ostalih stečajnih poverilaca od strane povezanih lica.

Bitna novina je da lica povezana sa stečajnim dužnikom (osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bave davanjem kredita ili zajmova) čine posebnu klasu poverilaca i ne glasaju o planu reorganizacije, čime su onemogućene zloupotrebe od strane povezanih lica.

Promena položaja povezanih lica ogleda se i u isključenju prava imenovanja za stečajnog upravnika ili za nezavisno stručno lice koje prati sprovođenje plana reorganizacije.

Takođe, olakšano je pobijanje pravnih poslova zaključenih sa povezanim licima, pre svega davanja obezbeđenja za obaveze lica povezanih sa stečajnim dužnikom i vraćanja kredita ili zajma.

Promena tretmana povezanih lica može dovesti do značajnog smanjenja kreditiranja unutar grupa povezanih lica i pozajmica vlasnika.

Prilikom pripreme predloga novela iz 2014. godine, razmatrano je i uvođenje konsolidovanog stečaja od čega se u konačnoj verziji predloga odustalo.

Stoga, ostao je nerešen problem višestruke prijave potraživanja po osnovu solidarne odgovornosti povezanih lica u svim stečajnim postupcima koji je bi trebalo rešiti budućim izmenama zakona.

VLADIMIR KOZAR, Ph.D.,
Associate Professor at Faculty of Law University
Business Academy in Novi Sad
VANDA BOŽIĆ, Ph.D.,
Scientific associate, Faculty of Law,
University of Zagreb, Republic of Croatia

CRITICAL REVIEW ON THE STATUS OF RELATED PERSONS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS
– In the light of new legislation –

Summary

The amendments of the Law on Bankruptcy of August 2014 have significantly worsened the procedural status of entities related to the bankruptcy debtor, through the limitation or exclusion of their rights. The introduction of restrictive regime for the related entities has been explained by the need to eliminate the causes that allowed the abuse and corruption. It has been anticipated that the entities related to the bankruptcy debtor should be settled in the newly established last - fourth order of settlement and they cannot be elected to the board of trustees, in order to prevent outvoting of other bankruptcy trustees by the related entities. An important novelty is that entities related to the bankruptcy debtor (except those entities that in the ordinary course of their business activity engages in providing credit or loans) make a special class of trustees and do not vote on the plan of reorganization, which prevents the abuse by related entities. Change of the statuses of related entities is reflected in the exclusion of the right of appointment for the bankruptcy administrator or for the independent expert that supervises the implementation of the reorganization plan. Also, the refutation of legal transactions concluded with related entities has been facilitated.

JELENA LEPETIĆ

JEDNAK TRETMAN AKCIONARA

– Pravno pravilo ili princip –

U V O D

Pred Sudom pravde Evropske unije (EU) postavilo se pitanje da li je jednak tretman akcionara opšti princip prava EU ili nije. Odgovor Suda je svakako povod za otvaranje diskusije o značaju ovog pravila, odnosno principa za kompanijsko pravo generalno. Pitanje opštih principa EU već duže vreme zaokuplja stručnu javnost. Iako opšti principi imaju "ustavni značaj", oni se nalaze negde na sredini između primarnog prava EU, kojeg čine ugovori EU (eng. *Treaties*), uključujući i Povelju o osnovnim pravima prema čl. 6 Ugovora o Evropskoj uniji, i sekundarnog prava, kojeg, između ostalog, čine direktive i regulative prema čl. 288 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije – UFEU.[1] Principi nisu isto što i pravila, budući da su pravila dovoljno određena da mogu da stvaraju prava i obaveze, pa imaju direkti efekat, za razliku od principa koji zbog svoje širine i neodređeno-

Dr Jelena Lepetić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

[1] Norbert Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge – Antwerp – Portland 2014, 2–3. Vid. čl. 6 Ugovora o Evropskoj uniji (Consolidated version of the Treaty on European Union, *OJ C* 326, 26.10.2012, 13–45) i čl. 288 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Consolidated version the Treaty of the Functioning of the European Union, *OJ C* 326, 26.10.2012, 47–199).

sti (apstraktnosti) nemaju takvo dejstvo, pa sud mora da ih implementira u konkretnom slučaju.[2]

Primarno pravo EU ima veliki značaj za privatno pravo generalno, što je posebno došlo do izražaja devedesetih godina dvadesetog veka kao rezultat razvoja prakse i zakonodavstva.[3] U okviru primarnog prava, za kompanijsko pravo posebno su značajne osnovne slobode, konkretno slobodno kretanje kapitala i pravo nastanjivanja koje su predviđene UFEU, dok se brojna kompanijskopravna pravila nalaze u direktivama i regulativama kao delovima sekundarnog prava EU.[4] Prema uobičajenom shvatanju, opšti pravni principi nemaju veliki značaj za kompanijsko pravo EU, iako postavljaju granice pravima koja lica imaju na osnovu prava EU.[5] Pravilo jednakog tretmana akcionara je nesumnjivo deo korpusa kompanijskog prava EU.

S druge strane, može se raspravljati o stepenu njegovog značaja, odnosno dometu tog pravila, kao i o tome da li se jednak tretman akcionara može nazvati principom, odnosno opštim principom prava EU. U hijerarhiji zakonodavstva EU principi mogu imati različito mesto. Da bi se konačno odgovorilo na pitanje da li je jednak tretman akcionara opšti princip prava EU, prvo je potrebno objasniti koncept akcionara i principa u primarnom i sekundarnom pravu EU. Preplitanje primarnog i sekundarnog prava, odnosno dejstva primarnog prava na sekundarno pravo EU, prema praksi Suda pravde EU, predmet je raznih teorijskih analiza. Reč je, na primer, o pitanjima direktnog efekta prava EU, odgovornosti države zbog propuštanja implementiranja i neodgovarajućeg implementiranja direktiva.[6] Cilj ovog rada je da se utvrdi značaj i priroda pravila jednakog tretmana akcionara u istom položaju, pre svega u pravu EU, što je značajno za Srbiju kao državu kandidata za prijem u EU.

U radu se daju odgovori na pitanja ko, koga i kako treba da tretira, uz posebno objašnjenje šta se podrazumeva pod istim položajem, kao i koliki je zna-

---

[2] Vid. N. Reich, 3.

[3] Hans- W Micklitz, Carla Sieburgh, "Primary EU Law and Private Law Concept", *Primary EU Law and Private Law Concept* (eds. Hans- W Micklitz, Carla Sieburgh), Cambridge – Antwerp – Portland 2017, 2.

[4] Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Market*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012, 13–14. Vid. UFEU, čl. 63 i 49.

[5] S. Grundmann, 14–15.

[6] H.- W Micklitz, C. Sieburgh, 3–6.

čaj principa jednakog tretmana akcionara pod jednakim okolnostima u srpskom kompanijskom pravu.

JEDNAK TRETMAN AKCIONARA *V.* JEDNA AKCIJA – JEDAN GLAS

Načelo jednakog tretmana akcionara, odnosno jednakost/ravnopravnost akcionara i demokratija akcionara često se pominju zajedno sa pravilom jedna akcija – jedan glas. Demokratija u odlučivanju u društvima kapitala svakako postoji, jer se odluke donose većinom. Imajući u vidu da je reč o "demokratskom" pravilu, akcionari se mogu uporediti sa građanima, pa se tako manjina štiti predviđanjem kvalifikovane većine za donošenje određenih odluka.[7] Generalno, demokratija akcionara smatra se konfuznim pojmom koji je teško definisati.[8] Evropska komisija je navela uspostavljanje demokratije akcionara kao cilj u Akcionom planu iz 2003. godine za modernizaciju kompanijskog prava i unapređenje korporativnog upravljanja u EU.[9]

U Akcionom planu: Evropsko kompanijsko pravo i korporativno upravljanje – moderni pravni okvir za veće angažovanje akcionara i bolju održivost društava iz 2012. godine, ne pominju se ni pravilo jedana akcija – jedan glas, ni princip jednakog tretmana akcionara.[10] Sa ekonomskog aspekta, ravnopravnost akcionara podrazumeva da se ne može praviti razlika između akcionara na osnovu vrste akcija koje poseduju.[11] Zbog toga, treba praviti razliku između jednakosti

---

[7] Brett W. King, "The Use of Supermajority Voting Rules in Corporate America: Majority Rule, Corporate Legitimacy, and Minority Shareholder Protection", *Delaware Journal of Corporate Law* 21/1996, 896.

[8] Vid. Koen Geens, Carl Clottens, "One Share One Vote: Fairness, Efficiency and EU Harmonisation Revisited", *The European Company Law Action Plan Revisited – Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission* (eds. Koen Geens, Klaus J. Hopt), Leuven 2010, 146.

[9] Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final, par. 3.1.2.

[10] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions – Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 12.12.2012, COM (2012) 740 final.

[11] Nicola de Luca, "Higher Dividends (for Minorities) or Equal Treatment (of All Holders): What do Financial Markets Like More", *Working paper* 2010, 8, dostupno na internet adresi: *https://*

u pogledu akcija i jednakosti akcionara. Jednakost akcija, ali ne i akcionara, manifestuje se kroz pravilo jedna akcija – jedan glas i *pro rata* raspodelu dividendi.[12] Reč je zapravo o konkretizaciji zahteva srazmernosti kapitala i kontrole u kontekstu upravljačkih prava – prava glasa, s jedne strane, i *pro rata* raspodele dividendi u kontekstu ekonomskih prava akcionara, s druge strane. Ključna kvalifikacija načela jednakog tretmana akcionara je da se ono odnosi na akcionare u istom položaju.

JEDNAK TRETMAN AKCIONARA U PRAVU EU

Jednak tretman akcionara se ne pominje u pisanom primarnom pravu EU. Opšti princip jednakog tretmana, koji bi eventualno mogao biti osnov za tužbu zbog nejednakog tretmana akcionara, podrazumeva da se slične situacije ne smeju tretirati različito, a različite slično osim kada je to objektivno opravdano, prema ustanovljenoj sudskoj praksi.[13]

Pravilo jednakog tretmana akcionara je deo sekundarnog prava EU, budući da je predviđeno različitim odredbama. Gotovo svako pravilo čiji je cilj zaštita akcionara teži ostvarenju jednakosti akcionara.[14] Ipak, pravila predviđena u različitim direktivama ne mogu se shvatiti kao osnov opšteg principa jednakog tretmana akcionara prava EU.[15] Pre svega, pravilo o jednakom tretmanu akcionara dovodi se u vezu sa zaštitom kapitala.

Obaveza države da osigura jednak tretman akcionara u istom položaju predviđena je u čl. 85 Direktive br. 1132/2017 o određenim aspektima kompanijskog prava (kodifikacija).[16] Ista obaveza ranije je bila predviđena u čl. 42 Druge direktive (Direktive br. 77/91), odnosno kasnije u čl. 46 Direktive br. 30/2012.[17]

---

papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723806, 9. avgust 2018.

[12] *Ibid*., 8.

[13] *Audiolux SA and Others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and others and Bertelsmann AG and Others*, Case C-101/09, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 15 October 2009, par. 54.

[14] S. Grundmann, 215.

[15] *Ibid*., 216.

[16] Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, *OJ L* 169, 30.6.2017, 46–127.

[17] Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of

Načelo jednakog tretmana akcionara u istom pravnom položaju odnosi se na pitanja promene kapitala, ali ne i na raspodelu dividendi.[18] Reč je o samoj osnovi pravila o zaštiti kapitala, pa se može reći i o principu koji postavlja granice upravi u kontekstu prvog agencijskog problema, čime se ujedno podstiče i ulaganje povećavanjem stepena poverenja investitora.[19]

U Direktivi br. 109/2004 o usklađivanju zahteva za transparentnošću u vezi sa informacijama o izdavaocima čije su hartije od vrednosti uvršćene za trgovanje na regulisanom tržištu i o izmeni Direktive br. 34/2001, konkretno u čl. 17, st. 1, predviđena je obaveza izdavalaca da obezbede isti tretman imalaca akcija koji su u istom položaju u pogledu informisanja.[20] Čl. 17 Direktive br. 109/2004 je izuzetno značajan za akcionare budući da uređuje obavezu izdavaoca da objavi informacije koje su potrebne za vršenje prava akcionara, dok je, na primer, čl. 18 značajan za jednak tretman poverilaca – imalaca dužničkih hartija od vrednosti.[21]

Ranije je obaveza društva da postupa jednako prema akcionarima u istom položaju bila predviđena u čl. 65 Direktive br. 34/2001 o prijemu hartija od vrednosti na berzanski listing i informacijama o tim hartijama koje treba objaviti, a još ranije u Aneksu Direktive br. 279/79 o uslovima za prijem hartija od vrednosti na berzanski listing, kada se nije odnosila samo na izveštavanje.[22]

---

companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, OJ L 26, 31.1.1977; Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, OJ L 315, 14.11.2012, 74–97;

[18] Nicola de Luca, "Unequal Treatment and Shareholders' Welfare Growth: "Fairness" v. "Precise Equality"", *Delaware Journal of Corporate Law* 34/2009, 872–873.

[19] S. Grundmann, 209.

[20] Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L* 390, 31.12.2004, 38–57.

[21] S. Grundmann, 511–512.

[22] **Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities,** *OJ L* 184, 6.7.2001, 1–66; **Council Directive 79/279/EEC of 5 March**

Princip jednakog tretmana akcionara promoviše se i u čl. 3, st. 1, tač. a Direktive br. 25/2004 o ponudama za preuzimanje.[23] Države članice moraju da obezbede poštovanje principa jednakog postupanja prema svim akcionarima iste klase ciljnog društva, da bi Direktiva bila implementirana.

Na kraju, prema prirodi stvari, princip jednakog tretmana akcionara promovisan je i u čl. 4 Direktive br. 36/2007 o vršenju pojedinih prava akcionara u kotiranim društvima.[24] Direktivom je predviđena obaveza društva da obezbedi jednak tretman akcionara u istom položaju u vezi sa učestvovanjem i vršenjem prava glasa na sednici skupštine. S druge strane, obaveza jednakog tretmana akcionara nije predviđena u Direktivi br. 828/2017 o podsticanju dugoročnog angažovanja akcionara.[25]

Kada je reč o "mekom" pravu, jednak tretman akcionara pominje se u Preporuci br. 534/77 o Evropskom kodeksu postupanja u vezi sa transakcijama sa prenosivim hartijama od vrednosti. Konkretno, prema trećem opštem principu, treba jednako tretirati imaoce iste vrste hartija od vrednosti koje je izdalo jedno društvo, pri čemu je u dodatnom principu 17 promovisan i jednak tretman akcionara u pogledu informisanja o transakciji.[26]

U G20/OECD Principima korporativnog upravljanja iz 2015. godine, konkretno u drugom delu posvećenom jednakom tretmanu akcionara i ključnim funkcijama vlasništva, promovisan je princip jednakog tretmana akcionara iste klase.[27]

1979 coordinating the conditions for the admission of securities to official stock exchange listing, *OJ* L 66, 16.3.1979, 21–32, Schedule C (2a).

[23] Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L* 142, 30.4.2004, 12–23.

[24] Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *OJ L* 184, 14. 7. 2007, 17–24.

[25] **Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement,** *OJ L* 132, 20.5.2017, 1–25.

[26] Commission Recommendation 77/534/EEC of 25 July 1977 concerning a European code of conduct relating to transactions in transferable securities, *OJ L* 212, 20. 8. 1977, 37–43.

[27] OECD Principi korporativnog upravljanja su dostupni na adresi: *https://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2015_9789264236882-en*, 7. avgust 2018.

SLUČAJ *AUDIOLUX*

Odgovor na pitanje da li je jednak tretman akcionara opšti princip prava EU dao je Sud pravde EU u slučaju *Audiolux*. Sud je odgovorio na pitanje da li su odredbe sekundarnog prava EU u vezi sa jednakim tretmanom akcionara, na primer, u vidu zaštite manjinskih akcionara u slučajevima promene kontrole, manifestacije opšteg principa prava EU. Sudu je postavljeno i pitanje da li se taj princip, ukoliko postoji, primenjuje samo na odnose između društva i akcionara ili se može primeniti i na odnose između samih akcionara. Na kraju, Sud se nije izjasnio na treće pitanje koje mu je postavljeno – da li taj princip, ukoliko postoji, ima direktni efekat (potvrdan odgovor bi značio da se norma nacionalnog prava koja nije u skladu sa tim principom ne može primeniti).[28]

Pitanja je uputio Kasacioni sud Luksemburga, imajući u vidu da je *Audiolux* kao manjinski akcionar kotiranog društva RTL grupe tražio poništaj prenosa akcija *Lambert Bartelsmann*-u. *Audiolux* i drugi manjinski akcionari su zajedno posedovali 11% akcijskog kapitala *RTL*-a, *Group Bruxelles Lamberte – GBL* 30%, *Bertelsmann Westdeutsche TV GmbH* 27%, a *UK Group Pearson Television* 22%. Akcije *RTL*-a kotirale su se na Luksemburškoj, Briselskoj i Londonskoj berzi. *GBL* je *Bartelsmann*-u preneo akcije koje je posedovao u *RTL*-u dobivši zauzvrat 25% kapitala u *Bartelsmann*-u, putem više transakcija. Nakon toga, *Bartelsmann* je stekao akcije i *Pearson Television*-a, što je dovelo do delistiranja akcija *RTL*-a sa Londonske berze. Spor je izbio između manjinskih akcionara *RTL*-a, s jedne strane, i *GBL*-a, *Bartelsmann*-a i samog *RTL*-a zbog ugovora koji su zaključili *GBL* i *Bartelsmann*.[29] *Bartelsmann* nije ponudio *Audiolux*-u da za akcije u *RTL*-u dobije akcije u *Bartelsmann*-u, zbog čega je manjinski akcionar alternativno zahtevao naknadu štete.

Imajući u vidu da je prenos akcija omogućio *Bartelsmann*-u da donese odluku o povlačenju akcija sa berze, i samo delistiranje je bilo predmet posebnog spora pred prvostepenim sudom. Prvostepeni sud nije usvojio nijednu tužbu, pa su postupci kasnije spojeni pred Apelacionim sudom koji je potvrdio odluke prvostepenog suda. Na kraju, predmet je dospeo do Kasacionog suda, u kojem je

[28] Vid. Jürgen Basedow, "General Principles of European Private Law and Interest Analysis – Some Reflection in the Light of *Mangold* and *Audiolux*", *European Review of Private Law* 3–4/2016, 349–350.

[29] *EU Focus*, 2009, 264.

Audiolux tvrdio da je povređen princip jednakosti akcionara, pa je taj Sud uputio prethodno pitanje Sudu pravde EU.

Sud pravde EU zaključuje da princip jednakog tretmana u pomenutom vidu nije poseban princip prava Zajednice (sada EU), uzimajući u obzir da opšti principi prava EU imaju "ustavni status".[30] Sud temelji zaključak na tome da se jednak tretman akcionara, koji se pominje u sekundarnim izvorima, odnosi na situacije koje su tim izvorima tačno određene.[31] Važno je napomenuti da u vreme donošenja odluke u slučaju *Audiolux*, Povelja o osnovnim pravima nije bila obavezujući izvor, pa tako ni čl. 20 kojim je predviđen princip jednakog tretmana u Zajednici.[32]

Uopšteno govoreći, princip ne mora da bude ustavnog karaktera, uzimajući u obzir da u EU nema pisanog ustava, kao i da se opšti pravni principi, koji mogu biti iznad ili ispod sekundarnog prava, pominju u zakonodavstvu EU.[33] S druge strane, u slučaju *Mangold*, Sud je naveo da je princip zabrane diskriminacije po godinama opšti princip prava Zajednice.[34] I u jednom i u drugom slučaju (*Audiolux* i *Mangold*) reč je o principu jednakog tretmana.[35] U svakom slučaju, Sud pravde EU je u više navrata pominjao opšte principe građanskog prava, što je značajno za kompanijsko pravo kao deo privatnog prava.[36]

PRIRODA I SADRŽINA

Jednak tretman akcionara može biti posebno pravilo, opšte pravilo – princip ili samo pretpostavka. Ako se jednak tretman akcionara shvati kao pretpostavka, svakako bi bilo reči o oborivoj pretpostavci koja postoji u svim kompanijskim

[30] Odluka Suda pravde EU u slučaju *Audiolux*, par. 63.

[31] Odluka Suda pravde EU u slučaju *Audiolux*, par. 34 i dalje.

[32] J. Basedow, 341.

[33] *Ibid*., 346–348 i 351.

[34] Vid. više u *ibid*., 333–336; Case C-144/04.

[35] J. Basedow, 338.

[36] Vid., na primer, Odluku Suda pravde EU u slučaju *E. Friz GmbH v Carsten von der Heyden*, Case C-215/08, Judgment of the Court (First Chamber), 15 April 2010, par. 48. Termin građansko pravo se često koristi u značenju privatnog prava. Vid. više u M. W. Hesselink, 3–9 i 18.

pravima.[37] Zbog toga, shvatanje jednakog tretmana akcionara kao pretpostavke nema velikog značaja.

Dakle, osnovna odrednica jednakog tretmana akcionara je da može biti reč o posebnom pravilu ili o principu, što, pre svega, zavisi od zakonodavca. Korisno je napomenuti da princip jednakosti u privatnom pravu, nema materijalnu dimenziju koja bi podrazumevala jednakost prava i obaveza ugovornih strana, što znači da nema diskriminacije kada se nejednakost temelji na ugovoru, s obzirom na to da jednak tretman u privatnom pravu podrazumeva jednaku startnu poziciju prilikom izražavanja slobodne volje ugovorne strane.[38] Princip jednakog tretmana generalno je najapstraktniji – nije ga moguće primeniti na konkretne sporove, ali je, s druge strane, načelo jednakog prava akcionara konkretizovano rečju akcionar, pa se može primeniti na pojedinačne slučajeve.[39]

Kada je reč o pravu EU, može se konstatovati da opšti princip prava EU nije jednostavno definisati. Principi generalno imaju interpretativnu, korektivnu i popunjavajuću funkciju.[40] U svom mišljenju u vezi sa pomenutim slučajem *Audiolux*, opšti pravobranilac *Trstenjak* polazi od definicije opštih principa EU kao osnovnih odredaba nepisanog primarnog prava koje su same po sebi deo zakonodavstva Zajednice ili su uobičajene u zakonodavstvima država članica.[41] *Trstenjak* navodi da jednak tretman akcionara mora biti od ključnog značaja, iskazan u primarnom pravu, i u velikom broju pravila sekundarnog prava, da bi se mogao okarakterisati kao opšti princip prava EU.[42] Posebno upada u oči činjenica da uslov koji se odnosi na iskazivanje principa u primarnom pravu EU nije deo početne

[37] Andrea Sacco Ginevri, "The Rise of Long-Term Minority Shareholder's Rights in Publicly Held Corporation and its Effect on Corporate Governance", *European Business Organization Law Review* 12 (4)/2011, 7 fn. 104 (broj strana prema elektronskoj verziji dostupnoj na bazi *Westlaw*).

[38] Marek Safjan, Przemysław Mikłaszewicz, "Horizontal Effect of the General Principles of EU Law in the Sphere of Private Law", *European Review of Private Law* 18 (3)/2010, 485.

[39] J. Basedow, 341.

[40] Arthur Hartkamp, *European Law and National Private Law – Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals*, Cambridge – Antwerp – Portland 2016, 96; Martijn W. Hesselink, "The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy", *Working Paper Series* 14/2011, 19, dostupno na adresi: *http://ssrn.com/abstract=1932146*, 9. avgust 2018.

[41] *Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 30 June 2009*, Case C-101/08, par. 69.

[42] Mišljenje opšteg pravobranioca *Trstenjak* u slučaju *Audiolux*, par. 74.

definicije, već je sa njom u kontradiktornosti.[43] Interesantno pitanje na koje trenutno nema odgovora je kako treba tumačiti činjenicu da se u čl. 3 Direktive br. 25/2004 o ponudama za preuzimanje govori o opštim principima. Dakle, moguće je govoriti o opštim principima kompanijskog prava EU koji nisu opšti principi prava EU.[44] Na kraju, može se čak osporiti i potreba postojanja ovog principa, imajući u vidu različite interese ulagača i ekonomsku realnost. Uzimajući u obzir da je domet načela jednakog tretmana akcionara u tom smislu prilično ograničen, može se izvesti zaključak da princip jednakog tretmana akcionara ne treba da postoji.[45]

U kontekstu nacionalnih prava, uopšteno govoreći, načelo jednakog tretmana akcionara se može shvatiti kao jednakost u pravima i obavezama akcionara koje su predviđene zakonom i aktima društva, što bi bila definicija tog načela u širem smislu, ali i kao mehanizam za ograničavanje postupanja uprave u smislu mogućnosti pobijanja odluka organa društva i podnošenja tužbi za naknadu štete koju im uprava prouzrokuje.[46]

Takođe, može se napraviti razlika između jednakosti akcionara u odnosu na kompaniju, u pomenutom smislu, i jednakosti akcionara u slučajevima promene kontrole kada postoji obaveza većinskog akcionara da podeli kontrolnu premiju sa manjinskim akcionarima.[47] Drugačije rečeno, pitanje ko ima obavezu da jednako postupa, da li samo društvo ili većinski akcionar nije bez značaja. Ono se postavlja u kontekstu preuzimanja na osnovu teorije o jednakim mogućnostima, odnosno o omogućavanju manjinskim akcionarima da prodaju svoje akcije.[48] Drugopomenuti vid načela jednakosti akcionara promovisan je Direktivom br. 25/2004 o ponudama za preuzimanje. Pravilo jednakog tretmana u tom smislu štiti manjinske akcionare.

---

[43] Tako i Joxerramon Bengoetxea, "Case C-101/08, Audiolux SA and Others v. Groupe Bruxelles Lamber SA (GBL) and Others, Betelsman AG an Others, Judhment of the Cout (Fourth Chamber) of 15 October 2009, not yet reported", *Common Market Law Review* 47 (4)/2010, 1180.

[44] Vid. Oluku Suda pravde EU u slučaju *Audiolux*, par. 51 i 54. Vid. J. Bengoetxea, 1184.

[45] J. Basedow, 345.

[46] Federico M. Mucciarelli, "Equal treatment of shareholders and European Union law Case note on the decision 'Audiolux' of the European Court of Justice", *European Company and Financial Law Review* 7 (1)/2010, 163.

[47] *Ibid*., 162.

[48] Vid. u tom smislu N. de Luca (2009), 888.

Jednak tretman akcionara je obično deo nacionalnih kompanijskih prava. U nemačkom kompanijskom pravu načelo jednakog tretmana je opšti pravni princip, ali ne i u Francuskoj u kojoj se vezuje samo za promene kapitala i otkup akcija.[49] Srbija je država kandidat za članstvo u EU koja ima obavezu da uskladi svoje važeće i buduće propise sa pravom EU, čiji je deo i pravilo jednakog tretmana akcionara u istom položaju.

U srpskom kompanijskom pravu, načelo jednakog tretmana akcionara je opšti princip predviđen u čl. 269 Zakona o privrednim društvima.[50] Načelo jednakog tretmana može biti predviđeno pozitivno kao obaveza društva da tretira akcionare na jednak način, što je, prema prirodi stvari, karakteristično kada je reč o opštem principu kompanijskog prava.[51] Tako je postupio srpski zakonodavac. Ono što donekle zbunjuje je samo mesto nalaženja ove odredbe u Zakonu o privrednim društvima. Ona se nalazi u delu nazvanom "odnos društva i akcionara", u kojem je regulisano pitanje dividendi i prava prečeg upisa, a pre dela o kapitalu, što bi moglo značiti da se princip jednakog tretmana akcionara na njega ne odnosi. S druge strane, može se predvideti zabrana nejednakog tretmana akcionara, dakle negativno, što je karakteristično kada nije reč o opštem pravnom principu već o normiranju pojedinačnog rešenja.[52]

Takođe, jednak tretman akcionara uopšte ne mora da bude pomenut u kompanijskopravnoj regulativi, ni kao princip ni kao pravilo u okviru pojedinačnog instituta. Kada jednak tretman akcionara nije pisano pravilo, kao što je to slučaj u Velikoj Britaniji i Italiji, sudovi mogu da primene opšte principe.[53] Naime, reč je o različitim načinima implementacije odgovarajuće direktive EU.[54]

Konkretizaciju ovog principa omogućava reč akcionar. Akcionar se tradicionalno posmatra kao član društva u kompanijskom pravu, odnosno kao in-

[49] N. de Luca (2009), 872. Načelo jednakog tretmana akcionara predviđeno je u čl. 53a Nemačkog zakona o akcijama (*AktG*). Iako se to konkretno ne vidi iz slova zakona, jasno je da je reč o obavezi organa društva. Vid. i N. de Luca (2009), 877.

[50] Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015 i 44/2018.

[51] Predviđa se zapravo obaveza društva da sve akcionare pod jednakim okolnosti tretira na jednak način.

[52] Primer pozitivnog načina je nemačko rešenje, dok je primer negativnog francusko. N. de Luca (2009), 872.

[53] *Ibid*., 873.

[54] *Ibid*., 872.

vestitor u pravu tržišta kapitala. U kontekstu prava EU i mesta pravila jednakog tretmana akcionara, neophodno je odgovoriti na pitanje kako Sud pravde EU posmatra akcionara u okviru primarnog prava. Akcionar je privatnopravni subjekt, odnosno fizičko ili pravno lice koje je zakoniti imalac akcije.

Sud pravde EU privatnopravne subjekte – pravna i fizička lica naziva pojedincima (eng. *individuals*).[55] O konceptu akcionara u primarnom pravu EU ne može se govoriti bez osvrta na slučajeve u vezi sa zlatnim akcijama.[56] Pojam akcionara je u tom smislu dvojak. Akcionar se primarno posmatra kao član društva ukoliko ima odlučujući uticaj ili kontrolu u kontekstu prava nastanjivanja, s jedne strane, ili kao investitor bez obzira na procenat kapitala koji poseduje u svetlu slobodnog kretanja kapitala, s druge strane.[57] Slučajevi u vezi sa slobodama kretanja u domenu kompanijskog prava otkrivaju da Sud prevashodno daje prednost konceptu svojstvenom pravu tržišta kapitala u odnosu na kompanijsko pravo, posmatrajući akcionara kao investitora u okviru pristupa tržištu, a ne kao člana društva.[58] Kada je reč o sekundarnom pravu, razumno mesto za definisanje akcionara je Direktiva br. 36/2007 o vršenju pojedinih prava akcionara u kotiranim društvima. Prema čl. 2 (b), akcionar je fizičko ili pravno lice koje je kao takvo prepoznato u merodavnom pravu.

Već je rečeno da se jednakost akcionara pogrešno može shvatiti kao jednakost svih akcionara bez obzira na broj posedovanih akcija i njihovu vrstu u ekonomskom smislu. Upravo zbog toga, ključni deo pravila o jednakosti akcionara je da se jednako tretiraju samo oni koji su u istom položaju. Na primer, akcionari sa određenim procentom kapital učešća imaju prava, ali isto tako i posebne obaveze koje nemaju drugi akcionari (prava manjinskih akcionara, posebne obaveze akcionara za značajnim ili većinskim kapital učešćem). Sa ekonomskog aspekta, ni pravilo jednakog tretmana akcionara u istom položaju nije uvek održivo, od-

[55] H.- W Micklitz, C. Sieburgh, 12.

[56] Vid. više o slučajevima u vezi sa zlatnim akcijama u Jelena Lepetić, "Golden Shares in EU Law: Restrictions on the Free Movement of Capital and/or Right of Establishment – Why Does it Matter? ", *Law and Transition: Collection of Papers* (eds. Bojan Milisavljević, Tatjana Jevremović Petrović, Miloš Živković), Belgrade 2017, 307 i dalje.

[57] Vid. na primer, Anne-Christin Mittwoch, "The Impact of Free Movement of Capital on Private Law", *Primary EU Law and Private Law Concept* (eds. Hans- W Micklitz, Carla Sieburgh), Cambridge – Antwerp – Portland 2017, 110.

[58] H.- W Micklitz, C. Sieburgh, 13.

nosno nekada je neophodno različito tretirati akcionare u istom položaju ili treba jednako tretirati one koji su u različitom položaju.[59] Odstupanje od pravila je svakako moguće kada je to opravdano.

Naime, da bi odstupanje od pravila jednakog tretmana akcionara bilo dozvoljeno više uslova mora da bude ispunjeno. Odstupanje mora da bude u interesu društva, proporcionalno koristi koju akcionari dobijaju i cilju koji bi trebalo da bude ispunjen, a da pri tom ne utiče na postojeća prava ostalih akcionara ni na sistem glasanja.[60] Na kraju, jednak položaj može nekada biti u vezi sa sličnom, ali ne i identičnom situacijom. Klasičan primer u kompanijskom pravu bi bili nesaglasni akcionari. Položaj nesaglasnih akcionara, podrazumeva određena prava, ali nesaglasni akcionar može biti ne samo onaj koji je glasao protiv predloga odluke, već i onaj koji se uzdržao.

ZAKLJUČAK

Jednak tretman akcionara u istom položaju može da bude predviđen kao pojedinačno pravilo u vezi sa određenim institutom kompanijskog prava ili generalno kao opšti princip. Reč je o uobičajenom pravilu, odnosno principu u nacionalnim kompanijskim pravima. Princip jednakog tretmana akcionara pod istim okolnosti je opšti princip srpskog kompanijskog prava.

S druge strane, u nekim državama jednak tretman akcionara nije posebno predviđen, ali se do njega dolazi na osnovu opšteg principa jednakosti. Kada jeste

[59] Vid. N. de Luca (2009), 895. De Luka kao primer neefikasnosti pravila jednakog tretmana navodi slučaj kada društvo treba da kupi stvar koju proizvode dva manjinska akcionara istog društva. U tom slučaju društvo treba da odluči od kojeg akcionara će kupiti stvar ili može da kupi stvar od trećeg lica. U skladu sa načelom jednakog tretmana akcionara bilo bi žrebanje. To pitanje bi bilo posebno aktuelno ukoliko su ta dva akcionara jedini proizvođači te stvari, ili proizvođači stvari po najpovoljnijoj ceni. U tom kontekstu treba voditi računa i o pravilima o poslovima sa ličnim interesom. U Delaveru se u tim slučajevima koristi tzv. test poštenja. Vid. N. de Luca (2009), 911–912. O testu poštenja generalno vid. više u Jelena Lepetić, *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – dužnost lojalnosti*, Beograd, 2015, 235–238. Takođe, ukoliko društvo otkupi akcije od jednog akcionara, onda bi moralo i od svih ostalih, što je problematično sa aspekta raspoloživih sredstava za tu svrhu. N. de Luca, (2009), 856. U svetlu ekonomskih prava, moglo bi se tako postaviti i pitanje da li je u skladu sa jednakim tretmanom raspodeliti dividendu nekim akcionarima u novcu, a drugima u naturi (u istoj vrednosti). Vid. N. de Luca, (2009), 856.

[60] A. Sacco Ginevri, 9.

predviđen kompanijskopravnim propisima, obično se predviđa pozitivno – kao princip ili negativno – kao posebno pravilo. Posebno je značajno mesto pravila jednakog tretmana akcionara u istom položaju u pravu EU. Pojam principa prava EU je izuzetno komplikovan. Iz odluke Suda pravde EU u slučaju *Audiolux*, nedvosmisleno proizilazi da ovo pravilo nije opšti princip prava EU, ali svakako jeste deo sekundarnog prava EU.

Takođe, prostor je otvoren i za razmatranje jednakog tretmana akcionara u istom položaju kao principu kompanijskog prava EU. Principi mogu biti na različitom mestu u hijerarhiji prava EU. Oni su svakako apstraktniji od posebnih pravila, pa ih sudovi moraju konkretizovati u pojedinačnim slučajevima.

Takođe, važno je razlikovati princip jednakog tretmana akcionara pod jednakim okolnostima od pravila jedna akcija jedan glas, kao manifestacije jednakosti akcija, a ne akcionara. Jednakost akcionara je značajna za odnos društva i akcionara, ali može biti značajna i za odnose manjinskih i većinskih akcionara u kontekstu promene kontrole. Obavezu da jednako tretira sve one akcionare koji su u istom položaju ima privredno društvo. Srpski zakonodavac predviđa jednak tretman akcionara u jednakim okolnostima kao princip, iako je mesto ovog pravila u Zakonu sporno. Odstupanja od principa su moguća kada je to opravdano. Jedan od obaveznih uslova koji moraju biti ispunjeni da bi odstupanje bilo legitimno je da je ono u interesu privrednog društva.

Nedostatak sudskih odluka kojima bi se konkretizovao ovaj princip u srpskom pravu svedoči o njegovom malom značaju. Princip jednakog tretmana akcionara je zbog toga više teorijski koncept, koji je za potrebe prakse potrebno razraditi pojedinačnim pravilima. Principi generalno nemaju veliki značaj ni za kompanijsko pravo EU, pa u tom smislu srpsko pravo nije izuzetak. Iako ravnopravnost akcionara kao princip lepo zvuči, on nije upotrebljiv bez sudova voljnih da ga konkretizuju.

JELENA LEPETIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

EQUAL TREATMENT OF SHAREHOLDERS – A RULE OR A GENERAL PRINCIPLE OF LAW

Summary

In the present paper, the author analyses equal treatment of shareholders in the same position both as a general principle and a rule in company law. Considering the fact that Serbia is a candidate country for EU membership, the author considers equal treatment of shareholders in EU law and in particular the case of Audiolux. The author first considers the difference between the equality of shareholders and the equality of shares, emphasizing that the rule one share – one vote is a manifestation of the latter. Next, the author analyses the elements of the equal treatment of shareholders in the same position – equal treatment as a general principal or a rule, naming the company as a person having the obligation to treat the shareholders equally only when they are in the same position. Nevertheless, it may be justified not to act in this manner if certain prerequisites are met. Finally, the author concludes that equal treatment of shareholders is not a general principle in EU law, while it is in Serbian company law. However, this principle is not of high importance in Serbian company law considering the lack of court decisions in relation to it.

SVETISLAV Đ. JANKOVIĆ

DA LI SU KLASIČNI ČEKOVI U SRBIJI, U STVARI, CERTIFICIRANI

UVOD

Krajem 2016. godine u Republici Srbiji je ukinuto krivično delo izdavanja čekova bez pokrića čime je čitav rizik ovakve situacije prenet na banke kao trasate u čekovima.[1] Naime, činom izdavanja "nepokrivenog" čeka, odnosno onog za čiju isplatu ne postoji pokriće na tekućem računu,[2] izdavalac čeka (trasant, bančin kli-

Dr Svetislav Janković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

[1] Kao razlozi za dekriminaciju ovog dela se izdvajaju to što je Protokolom 4 uz EKLjP uređeno da je ukinuta kazna zatvora za neispunjenje imovinske obaveze, ali i to da je besmisleno da država dodatno krivičnopravno štiti banke, s obzirom da su one sasvim adekvatno zaštićene putem zatezne kamate, kao i mogućnosti pokretanja parničnog postupka. Uz to, banke bi kao i bilo koji drugi subjekt morale da se suoče i sa određenim stepenom poslovnog rizika, jer bi, u suprotnom, bile povlašćivane, pa i favorizovane u odnosu ostale, pre svega, slabije subjekte na tržištu. Vid. Milan Škulić, Briše se krivično delo izdavanja čeka bez pokrića, dostupno na adresi: http://www.politika.rs/scc/clanak/341304/Brise-se-krivicno-delo-izdavanja-ceka-bez-pokrica, 22.9.2017.; Evropska konvencija o ljudskim prvima i osnovnim slobodama (EKLjP), Protokol 4, čl. 1, dostupno na adresi: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, 19.9.2017. Sa druge strane, pojedine države u regionu oko Srbije, zadržale su ovo krivično delo, a kao uočljiv primer se ukazuje pravo Republike Hrvatske u kome je, i pored članstva u Evropskoj uniji, te naklonosti evrospkim vrednostima oličenim u EKLjP, i dalje inkriminisano delo izdavanja čeka bez pokrića, te zaprećena kazna zatvora. Vid. Kazneni zakonik, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, čl. 239.

[2] Ček se može izdavati samo povodom salda sa tekućeg računa, a ne i žiro i depozitnog računa. Vid. Ivica Jankovec, "Čekovno pokriće", Pravo i privreda, br. 3-4/96, 2.

jent) više ne vrši krivično delo i može da bude odgovoran samo građanskopravno svojoj banci (trasatu) i korisniku čeka (remitentu).[3]

S druge strane, srpska poslovna praksa u vezi sa čekom ukazuje na, donekle iznenađujuću, činjenicu da su u Srbiji svi čekovi izdati sa pokrićem. To se obrazlaže time da, u načelu, banka ne odbija ni jedan ček da isplati ako ga je prethodno svom klijuntu "izdala" u vidu čekovnog blanketa na kome su elektronskim putem utisnuti unapred određeni, uobičajeni, podaci.

Štaviše, banka na neki način garantuje da će takav ček da isplati ako ga je njen klijent u okviru limita izdao.[4] To znači, da će banka isplatiti ček, čak, i ako klijent nema dovoljno pokriće na svom tekućem računu za to, odnosno da će izvršiti isplatu čeka i ako je klijent iskoristio sva sredstva na računu koja su mu bila omogućena u okviru dozvoljenog prekoračenja (tzv. dozvoljeni minus). U takvoj situaciji, banka će isplaćujući ček, dovesti svog klijenta u tzv. nedozvoljeni minus, naplaćujući mu dodatnu, obično, visoku kamatu i proviziju. No, uprkos tome, ona će korisniku isplatiti ček.

Ovakvim postupanjem, banke navode na zaključak da su svi klasični čekovi koje je "pustila" u pravni saobraćaj,[5] zapravo, certificirani čekovi putem kojih se ona lično obavezala na činidbu, a ne njihov izdavalac (trasant). a druge strane,

---

[3] Detaljnije o novom uređenju krivičnih dela protiv privrede dostupno na adresi: *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2016/2769-16.pdf*, 16.9.2017, čl. 27. i dalje. Ostaje sporno da li izdavalac čeka i dalje odgovara prekršajnopravno imajući u vidu da je takva odgovornost predviđena samim Zakonom o čeku (čl. 26). S obzirom da Zakon o čeku o ovom pogledu nije izmenjen, formalnopravno ostaje da važi pravilo o prekršajnoj odgovornosti trasanta (koji izda ček bez pokrića). Međutim, prateći svrhu izmena Krivičnog zakonika kojim se ukida izdavanje čeka bez pokrića, čini se da ne bi trebalo da postoji ni prekršajna odgovornost izdavaoca (trasanta), jer se teži ka potpunom odsustvu kaznenopravne odgovornosti izdavaoca čeka i prenosu dela rizika nepokrivenih čekova na banku. No, i da ovakvo pravilo o prekršajno odgovornosti trasanta o(p)stane, ono bi u praksi bilo skoro pa neprimenjivo imajući u vidu međusobni (privatnopravni) sporazum banaka kojim garantuju isplate čekova. Vid. Mirjana Radović, *Platni promet – Pravo bankarskih platnih usluga*, Beograd, 2016, 645.

[4] Sporazum banaka o obavljanju međusobnih usluga po poslovima dinarske štednje, devizne štednje, tekućih računa građana i pravnih lica i bankarskih platnih kartica (dalje: Sporazum banaka), dostupno na adresi: *http://www.ubs-asb.com/LinkClick.aspx?fileticket=DTsuyyuSdU0%3d&tabid=425&mid=939*, 10.9.2017, čl. 40.

[5] U francuskoj pravnoj teroiji se pravi razlika između tzv. stvaranja i izdavanja čeka, pri čemu se pod *stvaranjem* podrazumeva postupak kojim banka predaje svome klijentu čekovne obrasce kako bi ih on dalje u pravnom saobraćaju upotrebio *izdajući* ih. Vid. M. Radović, *Platni promet*, 596, fn. 2853.

banke ovim putem neposredno utiču na količinu novčane mase u opticaju, a time posredno i na druga mikro- i makro-ekonomska kretanja.[6]

Ukidajući krivično delo izdavanja nepokrivenog čeka, država je, hoteći da prevali poslovni rizik na banke, nehotice dodelila mogućnosti uticaja na količinu novca u opticaju što je, istorijski, isključivo njena nadležnost koju sprovodi preko centralne banke. Na taj način je bankama dala slobodu da pravni saobraćaj vezan za čekove potpuno samostalno određuju i kontrolišu. Imajući u vidu da se u praksi svi čekovi (koje je, prethodno, banka omogućila svom klijentu da pusti u pravni saobraćaj) bezizuzetno isplaćuju od strane banke, postavlja se osnovno pitanje da li su, onda, svi klasično izdati čekovi, zapravo, certificirani.

CERTIFICIRANI ČEK

Pojmovno (opisno) određenje

Certificiranim čekom se uobičajeno smatra obični, klasični ček na koji je banka stavila (u vidu pečata i potpisa) svoju potvrdu[7] da povodom njega postoji pokriće na trasantovom računu (koji se, inače, vodi, kod banke trasata) i da će to pokriće biti (bankarskim rečnikom) blokirano do trenutka kada imalac čeka dođe kod banke da ga unovči.[8] Zapravo, banka će novčana sredstva, koja se vode na trasantovom računu, samo da sačuva do trenutka prezentacije čeka na isplatu.

Ovakvo pojmovno određenje, iako ne netačno, nije u celosti najpreciznije ako se posmatra bančina uloga u postupku certificiranja. Ovakvom definicijom se

[6] Detaljnije o novcu, novčanoj masi u opticaju i novčanim agragatima (M1, M2 i M3) detaljnije vid. Miroljub Labus, *Politička ekonomija*, Beograd, 2006, 170. Suprotan stav da banke ne utiču na količinu novčane mase u opticaju vid. M. Radović, *Platni promet*, 626.

[7] U nemačkoj pravnoj literaturi za certificirane čekove se koristi još i izraz "potvrđeni". Na ovaj način želi da se istakne da banka ne preuzima sopstvenu, garantnu obavezu, nego samo podržava, potvrđuje postojeću obavezu trasanta. Time se ovakva potvrda vrlo približava akceptu. Vid. Josef Löffelholz, Repetitorium der Betriebswirtschaftslehre, Band I, Springer, Wiesbaden, 1967, 623.

[8] Preovlađujuće je mišljenje da radnja certificiranja mora da bude u pisanoj formi, odnosno da se u materijalnom vidu ispolji na licu čeka, iako postoje shvatanja da bi ova radnja mogla da bude neformalna (verbalna) ako pisana forma nije samim zakonom obavezna. Upor. W. F. Elliott, "Certified check", *The Central Law Journal*, Vol. 31/1890, 373; "Certification of Check Must Be in Writing", *The Business Law Journal*, January-June 1925, 102; Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2006, 429. Sa druge strane, u skandinavskim državama ispoljavanje radnje certificiranja ne mora da bude kroz izričito navođenje izraza "potvrđeno", "dobro", "certificirano", nego je moguće da pravno dejstvo ovakve radnje proizvede i samo potpis onog lica (trasata) koje bi inače certificiralo. Vid. Stevan Milićević, *Hartije od vrednosti – menica i ček*, Savremena administracija, Beograd, 1981, 278.

ističe samo tehnička, bankarska, suština certificiranja, ali ne i pravna. Posmatrajući iz ugla banke, certifikacija znači zabranu bilo koje isplate sa transantovog računa, a koja bi ugrozila čekovno pokriće.[9] Ovde se, za razliku od klasičnog čeka, primećuje aktivnija bančina uloga još pre same isplate čeka, jer ona preduzima radnju blokade trasantovog računa za iznos čeka.

Suprotno, kod klasičnog čeka, ona to ne čini, nego čeka da joj se ček podnese na isplatu i da (zavisno od pokrića na trasantovom računu) odluči da li će ga isplatiti. Pri tome, banka nema obavezu prema imaocu čeka da izvrši isplatu, čak, i kada za konkretni ček postoji novčano pokriće na trasantovom računu, jer se ona imaocu čeka nije ni obavezala, nego samo trasantu – njenom klijentu po osnovu ugovora o čeku, a u okviru ugovora o vođenju računa (tekućeg).[10] U tom smislu, pogrešno je izjednačiti certificirani ček sa običnim čekom povodom koga u vreme prezentacije na isplatu postoji pokriće na trasantovom računu. Upravo se u tom razlikovanju nalazi i pravna suština certificiranog čeka.

Pravna suština certificiranja

Posmatrajući radnju certificiranja čeka isključivo u pravnom pogledu, uočava se da se putem nje banka lično obavezuje da isplati iznos koji je naznačen na čeku. Iako se može činiti da se ona certificiranjem obavezuje da isplati ček, suštinski je drugačije, jer se ona obavezuje da isplati iznos koji je predstavljen na čeku, a ne ček. Ukratko, ona se obavezuje po osnovu svog obećanja licu koje je, inače,

[9] Štaviše, u bankarskoj praski SAD-a, certificiranje čeka ne znači zabranu dalje isplate sa trasantovog računa (ako bi se ugrozilo pokriće), nego premeštaj sredstava (pokrića) sa trasantovog računa na poseban račun namenjen certifikovanim čekovima. Vid. Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz, *Business Law Today: Text and Cases*, Comprehensive 9th edition, Cengage Learning, Mason, USA, 2012, 485. S druge strane, postoje mišljenja da se u certificiranjem čeka u SAD-u, zapravo, vrši radnja akceptiranja, što nikako nije tačno, jer se banka putem certificiranja obavezuje da isplati ček, ali se ne obavezuje po čeku, tj. ne postaje (glavni) čekovni dužnik kakav bi bila da je, zaista, i dozvoljeno akceptiranje. Upor. Dušan M. Maslaković, *Ček u unutrašnjem i međunarodnom prometu*, TANJUG, 1978, 26; M. Radović, *Platni promet*, 628.

[10] Ako bi se dogodilo da banka trasat ne isplati ček uprkos činjenici postojanja pokrića na trasantovom računu, onda bi imalac čeka mogao da se obrati za naknadu štete samo trasantu (i eventualno, ako postoje, ostalim regresnim čekovnim dužnicima), ali ne i banci, s obzirom da ona nije čekovni dužnik. Zbog toga, kod čeka i ne postoji tzv. direktna tužba, kakva postoji u menici protiv akceptanta (nego tužba iz osnovnog posla, a zapravo, protiv trasanta iz čeka). Rečju, banka ima obavezu isplate čeka samo prema trasantu kao svom klijentu, a na osnovu ugovora o čeku. Božidar Pavićević, *Menica i ček*, Privrednopravni priručnik, Beograd, 1989, 61; M. Radović, *Platni promet*, 598-601.

imalac čeka, a ne po osnovu čeka. Iz toga sledi, da ona ni certificiranjem ne postaje čekovni obveznik – dužnik.

S druge strane, samo certificiranje ima pravni uticaj na čekovne dužnike. Smatra se da kada banka certificira ček to dovodi do oslobođenja od čekovne obaveze ostalih čekovnih dužnika, a pre svega trasanta – izdavaoca čeka. Razlog ovakvom shvatanju se nalazi u činjenici da ček može samo jednom da se podnese (prezentuje) trasatu i to samo na isplatu, pa se smatra da je crtificiranjem izvršena isplata čeka. Zapravo, certificiranje se može posmatrati i kao svojevrsni *datio in solutum*, odnosno da se umesto bukvalnog plaćanja vrši radnja obećanja plaćanja od strane banke.[11] Tako datim obećanjem čini se da je imalac čeka iskoristio (potrošio) svoje čekovno pravo istovremeno ga zamenivši za pravo prema banci koje je, iako nastalo povodom čeka, vančekovne prirode.

Tražeći preciznije pravno objašnjenje, deluje utemeljeno shvatanje da se certificiranjem čeka izdaje, zapravo, certifikat o depozitu imaocu čeka. Naime, kada imalac čeka preda ček banci koja će ga potom certificirati, smatra se da je on svoje čekovno pravo upotrebio a da mu je banka umesto novčane činidbe dala certifikat o depozitu. Konkretnije, imalac čeka je njegovom predajom banci mogao da dobije svotu novca (upisanu u čeku), ali je nije uzeo nego ju je ostavio banci (depozit po viđenju), a banka mu je za tako ostavljeni novac izdala potvrdu (certifikat) putem koga ustanovljanja svoju obavezu da je isplati u trenutku kada deponent (raniji imalac čeka) to bude želeo.[12]

Suprotno je pravno dejstvo kada certificiranje inicira trasant kao izdavalac čeka a pre predaje remitentu kao poveriocu. U tom slučaju se ne može smatrati da je certificiranjem došlo do preobražaja čeka u certifikat o depozitu, kao ni sledstveno tome oslobođenja trasanta od čekovne obaveze. Razlog tome je što se takvim certificiranjem čeka pre njegove prvobitne predaje remitentu ne može smatrati da je izvršeno plaćanje po čeku kao što se smatra kada sam remitent dobija certificiranje. Jednostavno, pravno je nemoguće smatrati da je izvršeno plaćanje po čeku, ako se ono vrši trasantu, a ne remitentu koji je poverilac čeka. Zato, u slučaju kada trasant dobije certifikat čeka, a pre njegove predaje remitentu, pravni značaj ove radnje je unekoliko drugačiji. Iako se ovakvim certificiranjem ne utiče na njegovu osnovnu osobinu da se banka putem njega obavezuje, ono, ipak, ima

[11] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, New York, 1990, 753.

[12] Francis R. Jones, "The Liability of the Maker of a Check after Certification", *Harvard Law Review*, Vol. 138/1892-1893, 142.

drugačije dejstvo na trasanta (i ostale čekovne, regresne dužnike).[13] Ono se sastoji u opstanku njihove pravne obaveze po čeku, te se može smatrati da takvim certificiranjem ček i dalje zadržava svoje svojstvo (čeka kao hartije od vrednosti), a da se trasant i ostali regresni dužnici ne oslobađaju čekovne obaveze, nego, štaviše, sa bankom koja certificira solidarno odgovaraju za isplatu čekovne svote.[14]

RAZGRANIČENjE U ODNOSU NA SLIČNE USTANOVE

Akcept

Menica i ček su hartije od vrednosti koje se zasnivaju na praktično istovetnoj strukturi lica i radnji. Kao građanskopravnu osnovu imaju asignaciju koja se na njima ispoljava kroz istovetnu troličnu strukturu – trasant (izdavalac), trasat (mogući dužnik) i remitent (poverilac). Međutim, ova dva instrumenta plaćanja imaju, u osnovi, drugačiju svrhu – dok ček služi isključivo za plaćanje, dotle menica pored toga ima i kreditnu i (imovinsko) sigurnosnu svrhu. U tom smislu se uočavaju i osnovne razlike između njih poput toga da je ček vrednosnica koja se vuče samo na banku (banka je, dakle, uvek trasat), da dospeva uvek po viđenju (tj. kada ga banka trasat vidi) i da kod čeka postoji samo jedna prezentacija i to ona krajnja, na isplatu.[15] Štaviše, u ženevskom meničnom sistemu, kome pripada i srpski sistem, izričito je zabranjen akcept čeka, s tim što će ako je, uprkos, zabrani učinjen imati pravno dejstvo kao i da nije učinjen (dakle ne utiče urušavajuće na ostale pravnovaljane čekovne elemente i radnje).[16]

Iako praktično predstavljaju istu radnju banke trasata, akcept menice i certicikacija čeka se ipak razlikuju. Osnovna razlika se sastoji u tome što kada trasat akceptira menicu i postane glavni menični dužnik, trasant menice ostaje u regresnoj meničnoj obavezi, dok, suprotno, kada trasat certificira ček, trasant i ostali

[13] Paul C. Roberts, William O. Morris, "The Effect of a Stop Payment Order on a Certified Check", *The Banking Law Journal*, 5/1952, 243.

[14] W. F. Elliott, "Certified check", 374.

[15] Detaljnije i opširnije o razlikama menice i čeka vid. Richard Holzhammer, *Österreichisches Handelsrecht I*, zweite erweitete Auflage, Springer, Wien, 266; F. R. Jones, "The Liability of the Maker of a Check after Certification", 139.

[16] M. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, 432; Ženevska konvencija o čeku (eng. *Convention Providing a Uniform Law for Cheques*), aneks 1, čl. 4; Ernst von Caemmerer (Hesg.), *Internationale Rechtssprechung zum Genfer Einheitlichen Wechles- und Scheckrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1954, 353; Pavao Rastovčan, *Vrijednosni papiri – mjenica i ček*, Zagreb, 1950, 65.

regresni dužnici se, po pravilu, najčešće oslobađaju čekovne obaveze.[17] To je zbog toga što se certificiranjem smatra da je ček isplaćen i da je obaveza po njemu prestala istovremeno je zamenjujući obaveza banke po osnovu certifikata. No, ovavka pravna posledica nastaje samo kada je remitent zatražio certifikat, dok ako to učini trasant ili neko od regresnih dužnika, pa tek nakon toga preda ček remitentu, onda će se smatrati da regresni dužnici nisu oslobođeni čekovne obaveze.

Imajući u vidu potonju vrstu certificiranja (kada se regresni dužnici ne oslobađaju obaveze), ono se može učiniti sličnim, ako ne i istim sa akceptom, pa se, čak, u pojedinim pravnim sistemima poput onog u SAD i certificiranje izjednačava sa akceptom.[18] Međutim, tome svakako ne bi smelo da bude mesta, jer se akceptom menice ulazi u pravni odnos iz menice tako što akceptant postaje glavni menični dužnik, dok se certificiranjem ne postaje čekovni dužnik. Suprotno, trasat koji certificira ček i dalje nije čekovni dužnik, nego se putem certifikata samo vančekovno obavezao imaocu čeka. Dakle, čak i u slučaju kada je trasant (ili neki drugi regresni dužnik) podneo ček na certificiranje i time ga, praktično, u dejstvu približio akceptiranoj menici, između ove dve radnje ipak postoji krupna razlika koja se sastoji u tome da banka, uprkos certificiranju, nije čekovni dužnik.

Trasirani sopstveni ček

Kod trasiranog sopstvenog čeka dolazi do svođenja trolične čekovne strukture na dvoličnu tako što trasant i trasat predstavljaju jedno isto lice, tj. sama banka je i izdavalac čeka i primalac naloga za isplatu.[19] Iako formalno po strukturi i dalje predstavlja klasičan ček, trasirani sopstveni ček se približava po funkciji i pravnom značaju certificiranom čeku. Naime, kod obe vrste čeka je prisutna osobina neopozivosti, iako sa različitom pravnom istorijom. Kod trasiranog sopstvenog, neopozivost je formalno izvodljiva, jer trasant banka može da da kontra-nalog trasatu banci (samome sebi), ali je praktično bez značaja, jer i da se uči-

[17] Fredric H. Karr, "Alteration of Certified Checks", *Banking Law Journal*, 99/1982, 608; F. R. Jones, "The Liability of the Maker of a Check after Certification", 141.

[18] Jednoobrazni trgovački zakonik SAD-a (eng. *Uniform Commercial Code*), par.3-409, (d).

[19] Ovakva vrsta čeka se u anglo-američkoj literaturi naziva *cashier's check*, tj. blagajnički ček, ukazujući na bliskost čeka sa gotovim novcem. Vid. Bryan A. Garner (editor in chief), *Black's Law Dictionary*, tenth edition, 2014, Thompson – Reuters, USA, 287. Ovakva vrsta čekova se, čak, i u ranijoj jugoslovenskoj literaturi nazivala blagajničkom uputnicom, ukazujući time na ključnu ulogu banke (i njenog blagajnika) koja je u ovom čeku i trasant i trasat. Vid. Ivica Pešut, *Inozemni čekovi u našoj praksi*, Informator, Zagreb, 1981, 77.

ni opoziv, opet će jedna ista banka biti odgovorna za isplatu čeka, s obzirom na istovetnost trasanta i trasata. S druge strane, kod certificiranog čeka opoziv je i formalno nemoguć, jer se činom certificiranja stvara privid da je isplata čeka izvršena,[20] pa je zato i besmisleno sprečavati izvršenje naloga koji je već izvršen.[21]

Sličnost trasiranog sopstvenog i certificiranog čeka se ogleda i u neizbežnosti bančine obaveze, jer kod oba čeka banka je direktno obavezana imaocu čeka, dok to kod klasičnog čeka nije, s obzirom da je samo primalac trasantovog naloga kome je po tom osnovu i obevezana. U tom smislu, obe vrste čeka doprinose sigurnijem plaćanju, te se mogu donekle poistovetiti i sa gotovim novcem (novčanicom). Zbog toga, postoje obaveze, posebno javne dažbine (poput carina, državnih plaćanja, vojne industrije) koje se, osim u gotovom novcu, mogu plaćati i putem ove dve vrste čekova.[22]

Konačno, jedinu suštinsku razliku između ova dva tipa čeka predstavlja to što je kod trasiranog sopstvenog čeka banka jedini dužnik (s obzirom da je istovremeno trasant i trasat), dok je kod certificiranog čeka osim banke koja certificira, moguće da ostanu obavezani i čekovni regresni dužnici.[23] Potonja situacija je moguća, kako je već ranije pomenuto, samo kada je ček na certificiranje podnesen od strane trasanta ili nekog od ostalih regresnih dužnika i tek nakon toga predat čekovnom poveriocu.

CERTIFICIRANI ČEK U SRSPKOM PLATNOM SISTEMU

Uvodno razmatranje

Kada je u pitanju klasični ček, banka trasat nije u pravnom odnosu, preciznije, u obavezi prema zakonitom imaocu čeka, nego je u obavezi samo pre-

[20] Privid se sastoji u tome što je imalac čeka umesto da primi isplatu novca, pristao da dobije certifikat čime je prolongirao isplatu novca. Pritom, ovakav pravni privid se stvara samo kada je imalac čeka tražio i dobio certifikat, a ne i neko od regresnih čekovnih dužnika). P.C. Roberts, W. O. Morris, "The Effect of a Stop Payment Order on a Certified Check", 242.

[21] Postoji mišljenje da je u srpskom pravu dozvoljeno opozivanje i certificiranih čekova, s obzirom na nepostojanje izričite zabrane ove radnje. Detaljnije vid. Mirjana Radović, "Opoziv čeka", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2016, 184.

[22] Arthur G. Murphey, Jr., "The Discontinuance of the Certified Check – an Arkansas Study", *UALW Law Journal*, 16/1994, 562; Milan Bartoš, Zoran Antonijević, Vladimir Jovanović, *Menično i čekovno pravo*, Privredni pregled, Beograd, 1974, 200.

[23] Richard A. Lord, "Certified Checks and Fund Redirection", *Villanova Law Review*, 24/1978-1979, 30.

ma trasantu. Ispunjavajući svoju obavezu prema trasantu ona vrši isplatu čeka zakonitom imaocu.[24] Isto je i sa transferom odobrenja u kome banka asignat nije u odnosu sa poveriocem (iz osnovnog posla, aignatarom), nego samo sa dužnikom (iz osnovnog posla, asignantom, imaocem salda na tekućem računu) i tako ispunjavajući svoju obavezu asignantu ona vrši plaćanje asignataru. Zapravo, samo plaćanje asignataru jeste način ispunjavanja obaveze asignantu. Tako je i kod čeka kada trasat vrši plaćanje remitentu, a on to vrši ne zato što se obavezao njemu (remitentu), nego zato što se obavezao trasantu (po osnovnom poslu), a plaćanje remitentu jeste samo način ispunjenja obaveza trasantu.

Iz navedenog se može zaključiti da remitent po čeku nema pravo prema trasantu, nego ima i može da ima samo očekivanje, jer da bi imao pravo onda bi trebalo da se trasat obaveže njemu (što on, osim u slučaju certifikacije čeka, ne čini). U tom smislu, osnovni pokazatelj da li će banka trasat isplatiti ček remitentu jeste pokriće koje ima trasant kod trasata. Konkretnije, ako ga ima, trasat je dužan trasantu, da izvrši isplatu remitentu. Suprotno, ako ga nema, trasat neće izvršiti isplatu remitentu. I ne samo to, jer je do 2017. godine trasant vršio krivino delo ako bi izdao ček bez pokrića. Međutim, bankarska praksa ukazuje na sasvim drugačije postupanje banaka poslednjih decenija u srpskom platnom sistemu. One su isplaćivale (a i dalje isplaćuju) čekove za koje ne postoji pokriće na trasantovom računu, iako na to formalnopravno nisu obavezane. Upravo, usled ovakve poslovne prakse, došlo se do shvatanja koje je otišlo korak dalje od prava, a koje se sastoji u tome da banka nije dužna da isplati ček bez pokrića, ali na to, svkako, ima pravo. No, postavlja se pitanje, odakle joj pravo to pravo? Mogući odgovor bi mogao da bude sadržan u tome što je trasant putam izdavanja čeka, ipak, dao banci trasatu kakav-takav nalog za isplatu, samo što je banci ostavljeno na slobodu da li će ga izvršiti, tj. da li će trasata kreditirati. Konkretnije, putam takvog naloga, trasant je, zapravo, poslao ponudu trasatu da ga kreditira, a ukoliko je trasat bude prihvatio ispoljavajući svoj prihvat kroz isplatu čeka, onda će se smatrati da je između njih zaključen ugovor o kreditu.

Međutim, čini se da se ovakva praksa ne može smatrati legalnom iz razloga što banka jedan platežan instrument (ček) pretvara u kreditni, čime utiče na količinu novca u tečaju što, svakako, nije uloga poslovne banke nego centralne. Štaviše, između samih poslovnih banaka u Srbiji postoji dogovor da se, bez obzira na pokriće, isplaćuju u, načelu, svi čekovi koji su izdati na unapred predviđe-

[24] P. C. Roberts, W. O. Morris, "The Effect of a Stop Payment Order on a Certified Check", 241.

nim bančinim formularima (čeka). Na ovaj način, poslovne banke su htele samo putem pismenog sporazuma uobliče, potvrde i učine u daljem poslovanju svoju praksu izvesnom u smislu da će sve čekove koji su izdati na formularima koje su one svojim klijentima (trasantima) predale, bezpogovorno isplatiti. Ovakva praksa (a od postizanja pomenutog sporazuma i pravo?) je posledica bankarskog shvatanja o tome da će se putem samog ograničavanja davanja čekovnih blanketa svojim klijentima (budućim trasantima), sprečiti teži poremećaji na tržištu novca.

Da bi banka predala čekovni blanket svome klijentu, neophodno je da između nje i klijenta postoji poverenje (s obzirom na *intuitu personae* prirodu bankarskih poslova) a ono je, praktično, zavisno najviše od visine salda na računu, tj. mogućeg pokrića za buduće izdate čekove. Dakle, od visine salda i procene njegovog kretanja u budućnosti, zavisi bančina odluka o broju čekovnih blanketa koje će klijentu da preda (a koje će on posle kao čekove, formalnopravno, da izda). Ovakvu, može se reći i finansijsko-istražnu radnju, banka sprovodi zato što će svaki ček koji je ona predala svome klijentu, a koji je docnije izdat i predat njoj na unovčenje, ona isplatiti. U tom smislu, može se steći zaključak, da se samom radnjom predaje čekovnog blanketa klijentu, banka obavezuje da ga, bez obzira, na njegovo potonje pokriće isplati. Iz tog razloga, sledi zaključak da su svi tako izdati čekovi, suštinski, certificirani jer će ih banka svakako isplatiti ne uzimajući u obzir postoji li u trenutku isplate pokriće za njih.

Ovakav zaključak se može objasniti sa jedne strane ograničavanjem broja čekovnih blanketa spram klijentovog pokrića i, uopšte, poslovnog kredibiliteta, a sa druge, činjenicom da banka na čekovnom formularu izražava svoje poslovno ime, sedište i formu, čime još jednom želi da iskaže želju za prepoznatljivošću i poslovnom ubedljivošću "svojih" čekova u platnom saobraćaju. Dakle, uprkos tome što formalno izraženog certifikata na srpskim čekovima nema, može se zaključiti da oni to, ipak, jesu s obzirom da će ih banka uvek i bezuslovno isplatiti. Suprotno, da nije tako, onda bi sam korisnik tekućeg računa trabalo da ima čekovnu knjižicu (sa, na primer, 100 čekovnih blanketa) i da sam vodi računa o tome ima li pokriće za izdati ček, a da banka trasat kada joj se predaju čekovi na isplatu, da zavisno od trenutnog trasantovog pokrića odlučuje da li će ih isplatiti. Ukratko, da ih ne isplati ako pokrića nema. Iako bi to izazvalo pravnu nesigurnost (jer remitent ne zna ima li trasant kod trasata pokriće, a kod čeka nema radnje akcepta kao kod menice putem koga bi on to ustanovio), takvo postupanje banke bi bilo pravno ispravno, a i pogodovalo bi finansijskoj disciplini. No, uprkos tome, banka čekove koje je ona, prethodno, kao čekovne blankete predala kli-

jentu uvek isplaćuje, što ih, faktički, izjednačava sa certificiranim čekovima. Uz to, banka se na takvo postupanje obavezala i kroz sporazum sa ostalim bankama da će sve čekove koje je prethodno predala klijentu isplaćivati pri prezentaciji na naplatu.

Zakonitost međubankarkog sporazuma o isplati svih čekova u platnom saobraćaju

Zaključivanjem i kasnijim pristupanjem sporazumu banaka u Srbiji putem koga se sve banke trasati obavezuju da isplate čekove bez obzira na pokriće, ustanovljava se obaveza banke trasata da isplati svaki ček koji joj je podnet na naplatu a koji je izdat na unapred pripremljenom obrascu koji je ona prethodno klijentu (trasantu) predala. Ova obaveza se odnosi kako na klasične, limitirane čekove, tako i na certificirane.[25] U platnom saobraćaju, ova obaveza banke trasata znači da će svaki ček koji je blagovremeno podnesen na naplatu, a pri tome, ispunjava formalne uslove u pogledu limita, potpisa, podudarnosti broja tekućeg računa i čekovne kartice, biti bezpogovorno isplaćen.

Na ovaj način banke praktično već pre same radnje idavanja čeka od strane trasanta, vrše radnju garantovanja njihove isplate, a koja se konkludentno ispoljava kroz predaju čekovnih blanketa klijentu (budućem trasantu) koji je prethodno kredibilno proveren. Ova radnja garantovanja se može poistovetiti i sa akceptiranjem s obzirom da se u mnogim pravima ono poistovećuje sa certificiranjem. U tom slučaju, opravdano bi se postavilo pitanje zakonitosti ovakvog sporazuma, s obzirom da je akcept kod čeka jedna od tzv. zabranjenih radnji.

Formalno posmatrano sporazum banaka o garanciji isplate čekova u Srbiji nije ni certificiranje čekova, a još manje akcept. Međutim, ako se ovaj sporazum

[25] Sporazum banaka, čl. 40. Postavlja se pitanje svrhe garantovanja isplate certificiranih čekova s obzirom da oni već po svojoj prirodi sadrže obavezu banke trasata da će ih pri prezentaciji isplatiti. Jedino smisleno objašnjenje ovakve dvostruke obaveze banke po istom čeku bi moglo da bude sadržano u činjenici da se kod certificiranog čeka banka trasat obavezuje po samom čeku (dakle čekovno-pravno, iako je, kako je napred obajšnjeno, i to diskutabilno), odnosno u svakom slučaju ispoljava svoju volju za plaćanje svojim potpisom na čeku, dok se kod obaveze garancije isplate po Sporazumu ta obaveza banke trasata ne ispoljava na samom (certificiranom) čeku, nego vančekovno, a na osnovu samog ugovora (sporazuma) o garanciji. No, ako se certificiranje čeka shvati kao vančekovno obavezivanje banke trasata, onda sama garancija isplate iz Sporazuma banaka postaje besmislena, jer se jedna ista banka po jednom istom čeku na isti način (vančekovno) dva puta obavezuje.

suštinski posmatra, jasno je da on postaje blizak, sličan, ako ne i istovetan po dejstvu, radnji akceptiranja.[26] Pravna posledica akceptiranja čeka i garancije iz ovde spomenutog sporazuma banaka je istovetna. Banka se obavezuje da kao primarni dužnik isplati ček, a tek ako ona to ne učini, korisnik čeka će moći da upotrebi svoja regresna čekovna prava. Ovakva garancija se može posmatrati i kao svojevrsni simulovani pravni posao, jer su banke kroz njega vrlo verovatno htele da izraze akcept. No, kako je akcept čeka zabranjena radnja, tako su one kroz pomenuti sporazum promenile formu svoje radnje i ispoljile je vančekovno, ali suštinski sa istim pravnim dejstvom. Imajući u vidu da u srpskom pravnom sistemu važi disumulovani, prikriveni, posao, tako bi onda u ovom slučaju akcept čeka dobio svoju punu pravnu snagu.[27]

Međutim, kako akcept čeka u ženevskom sistemu (a tako i u srpskom) nema ni jedno pravno dejstvo, tj. njegova pojava na čeku je pravno nevažna (smatra se kao da ne postoji), onda se sporazum banaka o garanciji isplate čekova u Srbiji može posmatrati samo na dva načina.

Prvo, ako bi se smatralo da se sporazumom vrši faktički akcept čeka, onda bi sporazum trebalo proglasiti nezakonitim i, shodno tome, oduzeti mu bilo kakvo pravno dejstvo, jer je i sam akcept nedozvoljen. I drugo, smatrati ga zakonitim samo u slučaju da se sporazumom konkludentno vrši radnja certificiranja, jer ona, iako bliska akceptu, nije isključena, tj. zabranjena u srpskom pravnom sistemu.[28] Drugo svatanje se čini prihvatljivijim iz razloga što sporazum poistovećuje sa dozvoljenom ustanovom u srpskom pravu pa bi se u slučaju primene disimulovanog pravnog posla, ostalo u okvirima srpskog, tj. ženevskog čekovnog sistema. U tom smislu, sporazum banaka se može smatrati zakonitom kategorijom samo ako bi se garancija isplate čekova koja iz njega prozilazi smatrala certificiranjem.

[26] Akceptiranje čeka je zabranjeno u ženevskom sistemu iz razloga što se time posredno utiče na količinu gotovog novca u opticaju, a što je isključiva nadležnost centralne banke. U tom smislu, postoje čekovni sistemi u Evropi (poput nemačkog) koji, iako zabranjuju akcept čeka, ipak dozvoljavaju tu radnju ako je vrši centralna banka. Vid. M. Radović, *Platni promet*, 626; Uwe Trurnit, *Analytischer Vergleich zwischen Verrechnungsscheck und Überweisung vom Standpunkt der Kreditinstitute*, Dunker & Humblot, Berlin, 1966, 44.

[27] Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, čl. 66, st. 2.

[28] Štaviše, u okviru ženevskog sistema čeka je izričito predviđena mogućnost certificiranja čeka, pod uslovom da nema pravno dejstvo akcepta. Vid. Convention Providing Uniform Law for Cheques, Anex II, čl. 6.

Štaviše, u stranoj poslovnoj praksi nije isključeno da se ček smatra certificiranim i ako je upotrebljen izraz koji asocira na garanciju.[29]

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu poslovnu praksu vezanu za čekove u srpskom pravnom sistemu, čini se da se može zaključiti da su svi čekovi koji su izdati na unapred pripremljenim formularima od strane banke, zapravo, certificirani čekovi. Ovakvo shvatanje se oslanja na činjenicu postojanja sporazuma banaka prema kome su se obavezale da isplaćuju sve čekove koji su u pogledu forme saobrazni uslovima iz sporazuma.

Dakle, bez obzira na pokriće koje trasant ima (ili nema), banka će isplatiti ček kada joj bude predat na naplatu. Zbog toga, zaključuje se da se banka povodom svih izdatih čekova sa njenim poslovnim imenom *in abstracto* obavezala i u tom smislu se takvo njeno obavezivanje može tumačiti kao certificiranje čeka. Sama radnja certificiranja se konkludentno izražava u vidu predaje tačno određenog broja čekovnih blanketa budućem trasantu (bančinom klijentu) uz prethodno izvršenu proveru kredibiliteta, odnosno kreditne i uopšte platežne sposobnosti. Prema tome, rizik plaćanja čeka bez "pokrića" pada na banku, a ona ga svakako može umanjiti pedantnijom procenom ekonomske sposobnosti svoga klijenta prilikom odlučnvanja o broju čekovnih formulara koji se klijentu predaje.

Isti razlozi su rukovodili srpskog zakonodavca prilikom odlučivanja da radnju izdavanja čeka bez pokrića više ne uvršćuje u listu krivičnih dela, nego da poslovni rizik ovakve situacije ostane na samoj banci. Poslovna banka je, upravo, ta koja treba da snosi rizik poslovnih transakcija, s obzirom da ona ima odlučujuću, kontrolnu, ulogu u čitavom čekovnom procesu. Ona ima odlučujući uticaj na dve najvažnije radnje kod čeka – na izdavanje i naplatu. Banka aktivno učestvuje u trenutku izdavanja čeka, jer vrši procenu ekonomske sposobnosti (zapravo ekonomske snage) svog klijenta i spram rezultata procene odlučuje o broju čekovnih formulara koji mu dodeljuje. Sa druge strane, banka je odlučujući činilac i pri sa-

[29] Ček se smatra certificiranim ako su na njemu ispoljeni izrazi poput *good*, *certified*, *guaranteed*. Vid. J. H. de Vijkman, "The Legal Nature of Certified Cheque", *Journal of South African Law*, 2/1988, 248.

moj naplati čeka, jer, u stvari, ni dovoljno pokriće čeka nije garant da će banka isplatiti ček njegovom korisniku.[30]

Dakle, ona slobodovoljno, sama odlučuje da li će ček da isplati što je istovetno situaciji banke trasata kod menice kada bez obzira na ugovor o akceptiranju i pokriće ima pravo da odluči da ne akceptira menicu.

Međutim, u situaciji kakva je u srpskom pravnom sistemu, a imajući u vidu prethodno pominjan sporazum banaka, banka pri predaji čeka na naplatu, ipak ima obavezu njegove isplate. Ovakva obaveza je utemeljena kako bančinom odlučujućom ulogom pri dodeli čekovnih blanketa trasantu, tako i sporazumom banaka kojim su se obavezale da bezpogovorno isplaćuju čekove koji su formalno ispravni, a bez obzira na pokrića. Upravo ovakva situacija se može uporediti sa radnjom certificiranja čeka i, shodno tome, zaključiti da su svi čekovi u Srbiji, u stvari, certificirani.

SVETISLAV Đ. JANKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

ARE ALL CLASSIC CHECKS IN SERBIA, IN FACT, CERTIFIED

Summary

In this article, author tries to prove that all classic type of checks in Serbia is, in fact, certified. This claim is supported with an argument of unconditional payment of all limited checks which are presented to banks. The ordinary business banks in Serbia have this practice because all of them concluded (or accessed) inter-banking agreement by which they are obliged to guarantee payment of all checks which are presented before them in form which is in accord to previous agreed conditions (like business name of bank, limit sum, date of presentation and other formal things). Therefore, the banks in Serbia perform payment of checks without regard to financial balance in concrete client's banking current account.

But, this agreement is not the only one which generated practice of payment checks disregarding to financial balance in banking current account. Agreement is only legal aspect or, to be precisely, support of this banking practice. Before the agreement, and before the presentation of check form to client (in order to issue of them), the bank makes an evaluation of client's credit status and as a result of this evaluation, the bank finally decide in what number of check form would

[30] U takvoj situaciji bi korisnik mogao jedino da se sa pravnim zahtevom obrati trasantu ili nekom od regresnih dužnika, ali ne i trasatu banci, jer ona nije čekovni obveznik.

be presented to its client. Actually, after precisely estimated financial status of the client, bank limits the possibility of issuing "uncovered" checks, for which its client will not have sufficient financial assets in banking current account in time of presentation of check for payment.

In the first part of article, author analyzes the current legislative status of checks in Serbia, especially having regard to decriminalization of issuing "uncovered" checks. Then, it follows the detailed explanation of certified checks, particularly having in mind the distinction in relation to the bill of exchange. Finally, author makes assessment of legality of aforementioned banking agreement and concludes that it is legally possible only if the bank guarantee of payment is considered as a certification of check.

ĐURO M. ĐURIĆ
VLADIMIR M. JOVANOVIĆ

NOVI PROPISI O STEČAJU GRUPE DRUŠTAVA U NEMAČKOJ

UVOD

Reforma stečajnog prava u Saveznoj Republici Nemačkoj, započeta pre 10 godina, sprovedena je u tri faze. Započeta je izmenama koje se odnose na stečajnu reorganizaciju i povećanje atraktivnosti nemačkog zakonodavstva, a koje su izvršene Zakonom o daljem olakšavanju sanacije preduzeća 2012. godine (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*)[1]. Sledeću fazu predstavljaju izmene propisa koji se odnose na individualni stečaj 2013. godine (*Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen*)[2].

Dr Đuro M. Đurić, gostujući naučni saradnik na Univerzitetu Zarlanda, Saarbrücken, Deutschland.

Dr Vladimir M. Jovanović, profesor Fakulteta za ekonomiju i inženjerski menadžment, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu.

[1] Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011, Inkrafttreten am: 1. März 2012 (Art. 1–3, 6, 9), 1. Januar 2013 (Art. 4, 5, 7, 8), (*Bundesgesetzblatt* I S. 2582, ber. S. 2800).

[2] Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, vom 15. Juli 2013, Inkrafttreten am: 1. Juli 2014 / teilweise: 19. Juli 2013, (*Bundesgesetzblatt* I S. 2379).

Treća faza reforme odnosi se na stečaj koncerna ili grupe društava. Završena je usvajanjem Zakona o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna (*Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*)[3], koji je stupio na snagu 2018. godine. Sve navedene izmene postale su sastavni deo nemačkog Zakonika o stečaju (*Insolvenzordnung*). Reforma je pratila i usvajanje novih propisa na nivou Evropske unije[4]. Nemački koncerni predstavljaju najjače grupe društava u Evropskoj uniji i među najjačima su u svetu. Samo kapital 50 vodećih kompanija iz Nemačke iznosi 263 milijardi evra[5], a imaju više miliona zaposlenih. Pitanje stečaja takvih privrednih subjekata je od nesumnjivog značaja kako za Saveznu Republiku Nemačku, tako i za države sa kojima posluju. Imajući u vidu pravnu prirodu i posebnost grupe društava, ovde se otvaraju i brojna pitanja vođenja stečajnog postupka unutar nacionalnih granica i prekograničnog stečajnog postupka.

PRAVNI OKVIR REFORME

Zakon o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna (*Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, skraćeno: *KIG*) predložen je još 2015. godine. Ipak, kako je jedan ovako ozbiljan propis zahtevao stabilnu većinu u Saveznom parlamentu, njegovo usvajanje je odloženo do formiranja Vlade. Ovaj zakon takođe predstavlja rezultat kompromisa pretočenog u koalicioni sporazum dve tada najveće nemačke političke partije.

Dana 13. aprila 2017. godine Donji dom nemačkog saveznog parlamenta Bundestaga usvojio je Zakon o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna. Zbog značaja materije koju uređuje ovaj propis, stupanje na snagu zakona odloženo je do 21. aprila 2018. godine. Njime su predviđene novine u stečajnom postupku koncerna, odnosno grupe društava, a osnovna ideja od koje je pošao nemački zakonodavac je da se, u slučaju stečaja grupe društava, u otvorenim pojedinačnim stečajnim postupcima nad imovinom društava koja pripadaju grupi, što bolje postigne međusobna saglasnost.

---

[3] Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen vom 13.04.2017 - *Bundesgesetzblatt* Teil I 2017 Nr. 22 21.04.2017, S. 866.

[4] 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.

[5] www.consultancy.eu/news/963/the-50-most-valuable-brands-companies-in-germany, 20.09.2018. На врху листе су: *SAP, Deutsche Telekom, BMW, Daimler and Deutsche Post, Siemens, Aldi, Adidas, Bosch, Audi, Lidl, Allianz, Nivea, Fanta, Porsch, Knorr, Volkswagen, Deutsche Bank, Sparrkassen-Finanzgruppe* итд.

Novim zakonom uvedena su pravila o sudskoj nadležnosti, kojima je omogućeno da svi postupci budu zavisni od odluke jednog postupajućeg suda[6]. Uspostavljena je nadležnost sudije za dalje stečajne postupke unutar grupe društava. Tako će u kasnije otvorenim postupcima biti nadležan sudija koji je nadležan za postupak, u kojem je zasnovana nadležnost za stečaj grupe društava[7]. Ako je postupak otvoren pred više sudova, izvršiće se upućivanje na jedan nadležni sud[8].

U slučajevima, kada predmet upućuje na nadležnost više sudova ili je reč o predmetu u kojem se postavlja više stečajnih upravnika, izmenama je postavljena osnova za saradnju kako između postupajućih stečajnih sudova, tako i između stečajnih upravnika. Novim odredbama potvrđena je postojeća obaveza saradnje među stečajnim upravnicima prema ranijim odredbama[9]. Sada je toj obavezi dodata i obaveza saradnje među postupajućim sudovima. Tako, sudovi su u obavezi da se usaglase, posebno onda kada je potrebno da se, zbog smanjenja troškova zbog proteka vremena u postupku, koje zahteva glasanje jednog lica u više ili u svim postupcima, obrate stečajnom upravniku[10].

Dalje, Zakon o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna uspostavlja novi koordinacioni postupak stečaja[11]. Osnovna ideja je bolje usaglašavanje pojedinačnih stečajnih postupaka kroz koordinacioni postupak. Pritom, svaki pojedinačni stečajni postupak ostaje sa sebe nezavisan postupak. U koordinacionom postupku stečaja, predviđeno je da se bira jedno lica iz reda stečajnih upravnika, koje će imati ulogu koordinacioni upravnika. Koordinacioni upravnik bira se glasanjem u pojedinačnim stečajnim postupcima. Funkcija koordinacionog upravnika sastoji se u tome da priprema predloge za izabranu upravu u stečajnom postupku. Posebno mesto u koordinacionom postupku ima koordinacioni stečajni plan ili koordinacioni plan reorganizacije, koji predlaže koordinacioni upravnik, a potvrđuje sud nadležan za koordinaciju stečajnih postupaka. Takav plan reorganizacije služi kao putokaz na nivou pojedinačnih stečajnih postupaka. To se posebno odnosi na osnove pojedinačnih planova reorganizacije i na mere reorganizacije koje se njima predviđaju[12].

---

6 Flöther, Die Gesetzesstruktur des neuen Konzerninsolvenzrechts, *NZI-Beilage* 2018, S. 6.

7 § 3b InsO.

8 § 3d InsO.

9 §§ 269a - 269c InsO.

10 § 56b InsO.

11 §§ 269d ff. InsO.

12 Specovius, Der Koordinationsplan, *NZI-Beilage* 2018, S. 35.

Na nemačko zakonodavstvo prilikom pripreme izmena Stečajnog zakonika je od uticaja bio i zakonodavni proces na nivou Evropske unije. Kao što je reforma propisa o o reorganizaciji 2011. godine pratila trendove u prekograničnim stečajnim postupcima, tako je i reforma stečaja grupe društava sledila pravce iz Uredbe Evropske unije 848/2015 o stečajnim postupcima, ali i drugih predloga koje je Komisija Evropske unije prosledila Parlamentu na razmatranje i usvajanje.

EVROPSKE DIREKTIVE O PREDSTEČAJNOM RESTRUKTURIRANJU

Uporedo sa pripremom novih propisa, na nivou Evropske unije Komisija EU je 22.11.2016. godine predložila Evropski paket mera za stečaj preduzeća i izmene postojeće Direktive br. 2012/30 od 25. oktobra 2012. godine o usklađivanju zaštitnih mehanizama koje, radi zaštite interesa članova i trećih lica, države članice zahtevaju od privrednih društava u smislu člana 54. stava 2 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, u pogledu osnivanja akcionarskih društava te održavanja i promene njihovog kapitala, a s ciljem ujednačavanja tih zaštitnih mehanizama[13]. Reč je o delu Akcionog plana za izgradnju tržišta kapitala unije i unutrašnje tržišne strategije[14]. Taj deo plana predložen je u obliku Direktive[15]. Predmetna Direktiva Evropske Komisije fokusira se na tri ključna sastojka.

[13] Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent Text with EEA relevance, *OJ L 315*, 14.11.2012, p. 74–97, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012L0030, 20.09.2018.

[14] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union, COM/2015/0468 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468, 20.09.2018. Vidi takođe: Đurić, Đuro, Jovanović, Vladimir, Akcioni plan za modernizaciju kompanijskog prava i korporativnog upravljanja u Evropi, u: *Pravni život* No. 9-12/2016, Slobodan Perović, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2016, s. 143-158; Đurić, Đuro, Jovanović, Vladimir, Misailović, Mirjana, Insolvency of banks and financial institutions the EU candidate countries in Western Balkans, u: *Teme,* Časopis za društvene nauke, Univerzitet u Nišu, Suzana Đukić, ur., Vol. XLII, No. 1, 2018, Niš, 2016, s. 129-141.

[15] Proposal for a *Directive of the European parliament and of the council* on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD), eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:0723:FIN, 20.09.2018.

Prvi element predstavljaju zajednička načela za primenu okvira ranog restrukturiranja, koje bi preduzećima pomoglo da nastave svoju delatnost i da održe radna mesta. Sledeći korak predstavlja utvrđivanje „druge šanse" za preduzeća, kako bi u roku od najviše tri godine potpuno izmirila dugove.

Najzad, predviđaju se ciljane mere za držve članice EU, kako bi povećale efikasnost stečajnog postupka, postupka restrukturiranja i postuka izmirivanja dugova, i kako bi se smanjili predugi i skupi postupci u državama članicama, a što vodi pravnoj nesigurnosti za poverioce i investitore i smanjenju rezultata i smanjenom izmirenju dugova[16].

Novim propisima će se utvrditi bitna načela, a na osnovu kojih će se obezbediti koherentnost i efikasnost stečajnih postupaka i postupaka restrukturiranja unutar Evropske unije. Predviđeno je da preduzeća u finansijskim teškoćama, posebno preduzeća na tržištu kapitala, dobiju pristup tzv. ranim sistemima upozoravanja, kako bi prepoznala svoj pogoršani poslovni položaj i sprovela restrukturiranje u ranoj fazi teškoća. Zato postoje fleksibilni okviri za restrukturiranje, kojima se pojednostavljuju dugotrajni, složeni i skupi sudski postupci, ali se zahteva i od nacionalnih sudova da pruže dovoljnu zaštitu učesnicima postupka[17]. Fleksibilnost se sastoji u toma da se dužniku omogućava jedan oročeni "period predaha" do 4 meseca od mera izvršenja, kako bi se olakšalo pregovaranje i restrukturiranje. Pri tome, prava i legitimni interesi nesaglasnih manjinskih poverilaca i vlasnika kapitala su zaštićeni. Ipak, oni su ne mogu da spreče sprovođenje plana restrukturiranja.

Takođe, posebno se štite nova, sveža finansijska sredstva, namenjena oporavku poslovanja, čime se uvećavaju izgledi za uspešno restrukturiranje. U toku postupka preventivnog restrukturiranja zaposleni u peduzeću uživaju punu zaštitu prema postojećim propisima Evropske unije.

Najzad, predviđena je obuka i specijalizacija lica u pravosudnim profesijama i sudovima i upotreba savremene tehnologije radi povećanja efikasnosti i skraćenja trajanja stečajnog postupka i postupka restrukturiranja. Od savremenih

---

[16] Proposal for a *Directive of the European parliament and of the council* on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD), eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:0723:FIN, 20.09.2018.

[17] Đurić Đ., 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.

tehnoloških rešenja omogućava se primena podnošenja predloga i obaveštavanja poverilaca u elektronskom obliku[18].

Nemački zakonodavac je reformu navionalnog stečajnog zakonodavstva sprovodio u skladu sa zakonodavnim planovima usvojenim na nivou Evropske unije, što se vidi kako kroz postavljene ciljeve zakona, tako i kroz uvođenje novih instituta u ovu pravnu oblast.

CILJ REFORME

Osnovni cilj Zakona o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna je bolje međusobno usaglašavanje pojedninačnih stečajnih postupaka koji će biti otvoreni nad imovinom društva koje pripada grupi, a u slučaju stečaja grupe društava.

Doskorašnje stečajno pravo u SR Nemačkoj bilo je namenjeno na savlađivanje uzroka stečaja pojedinačnog subjekta prava. To je značilo da se za svakog subjekta prava otvara poseban stečajni postupak. To je za posledicu imalo otvaranje stečajnog postupka za svakog pravnog subjekta nesposobnog za plaćanje. Svakom stečajnom subjektu postavljan je stečajni upravnik, sa zadatkom da unovči imovinu dužnika, a u najboljem interesu poverilaca[19].

Za razliku od starih propisa, Zakon o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna je da usaglasi pojedninačne stečajne postupke nad imovinom društva koje je član grupe. Usvajanjem novih odredbi o sudskoj nadležnosti, omogućeno je da se celokupan postupak vodi pred jednim nadležnim sudom.

Zakon o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna ne sadrži odredbe kojima se zadire u materijalno stečajno pravo, uobličeno uvođenjem unapred pripremljenog plana reorganizacije reformom iz 2011. godine.

NAJVAŽNIJE IZMENE

Ključne izmene uvedene Zakonom o olakšavanju savlađivanja stečaja koncerna su: a) uvođenje posebne sudske nadležnosti u postupku stečaja grupe dru-

[18] Proposal for a *Directive of the European parliament and of the council* on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD), eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:0723:FIN, 20.09.2018.

[19] Insolvenzordnung, vom 5. Oktober 1994; (*BGBl.* I S. 2866) , Inkrafttreten am: 1. Januar 1999; (Art. 110 EGInsO), Art. 24 G vom 23. Juni 2017; (*BGBl.* I S. 1693, 1817), Inkrafttreten der letzten Änderung: 3. Januar 2018; (Art. 26 G vom 23. Juni 2017).

štava, b) utvrđivanje pojma grupe društava i njegovo usklađivanje sa predmetnim kompanijskim zakonodavstvom, v) uvođenje pojma koordinacionog postupka, g) uvođenje funkcije koordinatora postupka i d) obaveza saradnje sudova, upravnika i odbora poverilaca.

Prva značajna novina reforme stečajnog zakonodavstva je uvođenje nadležnosti za postupanje suda u stečaju grupe društava[20]. Sudska nadležnost za stečaj grupe društava utvrđena je odredbama čl. 3a. Stečajnog zakonika. Naime, nadležnost za postupanje u slučaju stečaja koncerna može zasnovati svaki sud, koji je nadležan za otvaranje postupka nad imovinom preduzeća koje je član grupe, i ukoliko pogođeni dužnik (član grupe) nije za grupu od posebnog značaja. Značaj svakog preduzeća – dužnika i člana grupe se utvrđuje prema broju zaposlenih i godišnjem bilansu odnosno prihodima.

Tako, ukoliko je više dužnika koji pripadaju grupi društava podnelo predlog za otvaranje stečajnog postupka ili je pak nejasno koji je predlog prvi podnet, biće merodavan predlog onog dužnika, koji je u prethodnoj poslovnoj godini imao najviše zaposlenih, a ostali predlozi će se smatrati nedozvoljenim. Ako pak nijedan dužnik koji pripada grupi društava ne ispunjava pretpostavke za zasnivanje nadležnosti suda, ona će svakako biti utvrđena, i to će biti onaj sud koji je nadležan za otvaranje stečajnog postupka za dužnika koji pripada grupi društava, koji je u prethodno zaključenoj poslovnoj godini u godišnjem proseku imao najviše zaposlenih[21].

Za postupanje u stečajnom postupku, nadležan je onaj okružni sud, u čijem okrugu pokrajinski sud ima svoje sedište, kao isključivo nadležan stečajni sud za okrug pokrajinskog suda[22]. Pokrajinske vlade su ovlašćene da pruže odgovarajuću podršku ili pomognu brže odvijanje postupka tako što će na osnovu uredbe odrediti ostale ili dodatne okružne sudove i drugačije utvrditi okruge stečajnih sudova. Takođe, pokrajinske vlade mogu ovo ovlašćenje preneti na pokrajinske pravosudne uprave. Novinu u ovom smislu predstavlja odredba prema kojoj uredbe o uređenju sudova treba da odrede za svaki okrug na području višeg pokrajinskog suda nadležan stečajni sud. Nadležnost određenog stečajnog suda unutar jedne pokrajine može biti proširena van okruga jednog višeg pokrajinskog suda[23].

[20] §§ 31 bis 3 e InsO.

[21] Birnbreier, Begründung und Fortbestehen des Gruppen-Gerichtsstands, *NZI-Beilage* 2018, S. 11.

[22] § 2 Abs. 1 InsO.

[23] § 2 Abs. 3 InsO.

Pored toga, nove odredbe čl. 3a. Stečajnog zakonika o nadležnosti za stečaj grupe društava predviđaju da se na predlog jednog društva dužnika, koje pripada grupi društava, pozvani stečajni sud oglašava nadležnim za stečajni postupak nad drugim društvom koje pripada grupi (prateći postupak u grupi), ako u odnosu na dužnika postoji dozvoljen predlog za otvaranje postupka, a dužnik očigledno nije od posebnog značaja za celu grupu preduzeća. Ne može se smatrati da je određeno preduzeće od malog značaja, kada je u prethodno zaključenim poslovnim godinama godišnji prosek broja zaposlenih kod dužnika veći od 15 procenat zaposlenih u grupi društava i kada suma bilansa dužnika iznosi više od 15 procenata konsolidovane sume bilansa grupe društava ili pak prihodi dužnika iznose više od 15 procenata ukupnih prihoda grupe društava[24].

Pošto nadležnost suda jednom bude zasnovana, a bude podnet predlog za otvaranje stečajnog postupka nad imovinom jednog preduzeća koje pripada grupi pred drugim sudom, taj sud je obavezi da postupak uputi na sud koji ima nadležnost za postupak nad grupom društava. Kada u stečajnom postupku nad koncernom učestvuje više sudova, predviđeno je, da se kada je to moguće, u kratkom roku postigne saglasnost o jednom licu kao stečajnom upravniku u različitim stečajnim postupcima, kada je to u interesu poverilaca i kada se može obezbediti odgovarajuća nezavisnost za sve postupke[25]. Ako to nije ostvareno, primeniće se odredbe o usaglašavanju nadležnosti sudova (§§ 269 a InsO n.F.).

Pored sudske nadležnosti, novim propisima proširen je pojam grupe društava. Usvojenim izmenama zakona grupom društava se smatra se jedno privredno društvo i njegovi ličnom imovinom odgovorni članovi, kada to nisu ni fizička lica niti privredno društvo, u kojima fizičko lice učestvuje kao neograničeno odgovorni član društva ili se na ovaj način povezivanje društva nastavlja[26]. Pojam grupe društava u stečaju proizilazi iz odredbi čl. 18. Zakona o akcijama. Njime je propisano da, ako su jedno matično i jedno ili više zavisnih preduzeća povezanih pod jedinstvenom upravom matičnog preduzeća, oni tako čine koncern (grupu društava), a pojedinačna preduzeća su preduzeća koncerna (grupe)[27]. Dalje, preduzeća, između kojih postoji ugovor o kontroli, prema čl. 291. Zakona o akcijama ili kada je jedno od njih inkorporirano u drugo prema čl. 319. Zakona o akcijama,

[24] Jacobi/Böhme, Wesentliche Änderungen im Insolvenzrecht 2017/18, *NJ* 2018, S. 177.

[25] § 56 b Abs. 1 InsO.

[26] § 3 e Abs. 2 InsO.

[27] Aktengesetz, Gesetz vom 06.09.1965 (*BGBl.* I S. 1089), in Kraft getreten am 01.01.1966, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.07.2017 (*BGBl.* I S. 2446) m.W.v. 22.07.2017, 20.09.2018.

treba smatrati kao preduzeća povezana pod jedinstvenom upravom. Kod jednog zavisnog preduzeća se smatra da čini deo koncerna zajedno sa matičnim preduzećem. Čak i kada su preduzeća pravno samostalni subjekti i kada jedan subjekt nije zavisan od drugog, povezani pod jedinstvenom upravom, oni tako čine koncern ili grupu društava, a pojedinačna preduzeća su preduzeća koncerna ili grupe[28].

Naime, stav je nemačkog zakonodavca, da kod društava bez svojstva pravnog lica, u kojima nijedno lice ni posredno nije neograničeno odgovorno, može organizaciono i pravno obavezujuće povezivanje između društva i njegovih neograničeno odgovornih članova u slučaju stečaja prouzrokovati slične probleme kao što je stečaj grupe preduzeća[29]. Tako se navodi primer društva s ograničenom odgovornošću udruženog sa komanditnim društvom, gde je pravna podeljenost organizacije preduzeća na dva nosioca prava često veštačka, a spolja društvo ne poznaje nikakav ekvivalent. Zatim, u slučaju dvostrukog stečaja, i društva i komplementara, javlja se potreba za koordinisano odvijanje oba postupka. Veoma često će biti neophodno da se oba postupka vode pred istim sudom i da se društvima imenuje jedinstveni stečajni upravnik[30].

Takođe, smatralo se neophodnim da pojam grupe društava proširi, jer je bilo sporno da li komplementar u svim pojavnim oblicima društava (na pr. u specifičnom obliku prisutnomu u pravu Nemačke i Austrije, gde postoji društvo s ograničenom odgovornošću udruženo sa komanditnim društvom[31]) ima mogućnost da izvrši dominantni uticaj na komanditno društvo. Kako bi se primena odredbi o stečaju grupe društava u slučaju društva s ograničenom odgovornošću udruženog sa komanditnim društvom oslobodila ovakve sporne situacije, nemački zakonodavac je uveo novu odredbu[32]. Tako se sada fingira postojanje grupe društava, ali se ne utvrđuju nikakve posledice na poslovni bilans, pravni položaj društva odnosno koncerna, komplementara ili samog društva s ograničenom od-

[28] Aktengesetz, Gesetz vom 06.09.1965 (*BGBl.* I S. 1089), in Kraft getreten am 01.01.1966, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.07.2017 (*BGBl.* I S. 2446) m.W.v. 22.07.2017, 20.09.2018.

[29] § 3e Abs. 1 InsO.

[30] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11436, S. 24.

[31] §§161-177a HGB, §§110-122 HGB, GmbHG, GewO, нем. *Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft*, посебан облик, у којем је командитар правно лице, у облику друштва с ограниченом одговорношћу, а не физичко лице.

[32] Göb/Nebel, Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, NZI 2018, S. 391.

govornošću udruženog sa komanditnim društvom. Zakonodavac je samo postavio mogućnost primene takve odredbe[33].

Novi pojam grupe društava obuhvatio je društvo i njegove neograničeno odgovorne članove, koji nisu fizička lica niti privredno društvo, u kojem je jedno fizičko lice neograničeno odgovoran član (komplementar). Ipak, dalje proširenje na društva lica, u kojima su fizička lica neograničeno odgovorni članovi društva, nije predviđeno. Naime, to bi imalo za posledicu da se lični poverioci neograničeno odgovornog člana društva upućuju na sud nadležan za postupak nad grupom društava.

Najzad, prema novim odredbama, grupa preduzeća sastoji se od pravno samostalnih preduzeća, koji imaju centar svojih glavnih interesa i zemlji i koji su neposredno ili posredno povezani preko obične mogućnosti vršenja dominantnog uticaja ili preko jedinstvene krovne uprave[34].

Sledeću novinu predstavljaju odredbe o stečaju grupe društava kojima se ubuduće olakšava usaglašavanje između društava unutar grupe koja su nesposobna za plaćanje. To ima poseban značaj, budući da se prema dosadašnjim nemačkim propisima o stečaju, za svako društvo sprovodio zaseban stečajni postupak. Istina, postupci ostaju samostalni i dalje, ali će moći da se koncentrišu pred jednim sudom. Takođe, za sve ili bar za više otvorenih stečajnih postupaka biće moguće imenovati jednog stečajnog upravnika za stečajni postupak nad grupom. Osim toga, sada je moguće obrazovati tzv. odbor poverilaca grupe, čime se interesi poverilaca sabiraju u zajedničkom odboru.

U skladu sa trendom koji je uveden Uredbom Evropske unije br. 848/2015 o stečajnim postupcima[35] i u nemačko zakonodavstvo je uveden pojam koordinacionog stečajnog postupka. Tako, nove odredbe čl. 269a. bis i 269i. Stečajnog zakonika uređuju međusobno delovanje učesnika stečajnog postupka nad grupom društava. Pojam međusobnog delovanja podrazumeva obavezu razmene obaveštenja i saradnje između stečajnih upravnika imenovanih u društvima dužnicima koja pripadaju grupi nad kojom se vodi postupak[36]. Novina je da obaveza postoji

[33] Deutsche Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11436, S. 24, 25 f. http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811436.pdf, 20.09.2018.

[34] § 3e InsO.

[35] 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.*

[36] § 269a InsO.

i za sudove, te su oni takođe dužni da sarađuju i razmenjuju obaveštenja[37]. Osim toga, propisi sada predviđaju i obavezu saradnje između odbora poverilaca. Uz to, prema novim odredbama u čl. 269 c Stečajnog zakonika, sud nadležan da vodi stečajni postupak nad grupom društava, na odgovarajući predlog, može imenovati odbor poverilaca.

Koordinacioni stečajni postupak otvara se na predlog ovlašćenog lica. Ovlašćena lica su društvo dužnik koje pripada grupi, stečajni upravnik i odbor poverilaca u prethodnom stečajnom postupku ili u stečajnom postupku na osnovu jednoglasne odluke[38]. Sud usvaja predlog, kada oceni da takav postupak i imenovanje koordinatora postupka ne šteti interesima poverilaca. Na samom početku koordinacionog stečajnog postupka, sud nadležan za koordinacioni postupak, imenuje koordinatora postupka[39]. Koordinator stečajnog postupka nad grupom društava U pogledu pojma koordinatora postupka (prethodno predložen naziv: koordinacioni upravnik), mora biti samostalan u odnosu na druge učesnike postupka. Njegova prava i obaveze su utvrđeni novim odredbama čl. 269 f. Stečajnog zakonika Nemačke. Naime, koordinator stečajnog postupka nad grupom društava se brine da se stečajni postupak nad dužnicima koji pripadaju grupi usaglašeno odvija. On je ovlašćen da predloži mere koje služe usaglašenom odvijanju stečajnog postupka[40].

Tako, koordinator stečajnog postupka nad grupom društava može predložiti mere za realizaciju plana reorganizacije. Nove odredbe daju i primere mera odnosno plana: ponovno uspostavljanje sposobnosti za privređivanje pojedinačnog dužnika i grupe preduzeća, rešavanje pregovorima internih konflikata grupe i ugovorno sporazumevanje između stečajnih upravnika[41]. Posebno, kada se teži reorganizaciji koncerna, koordinacionim planom se mogu izbeći komplikacije, a postupak brzo i uspešno dovesti do planiranog kraja. Ipak, konačna reč o sadržaju stečajnog plana leži u odluci skupštine poverilaca[42].

Kroz pojam koordinatora postupaka dolaze do izražaja razlika u obavezama, kao i kod pojma koordinacioni upravnik, u odnosu na pojam suštinski ra-

[37] § 269b n.F. InsO.

[38] § 269d n.F. InsO.

[39] § 269e n.F. InsO.

[40] Berner/Zenker, Die Befugnisse des Verfahrenskoordinators, *NZI-Beilage* 2018, S. 30.

[41] § 269h II InsO.

[42] Höfer/Harig, Mögliche Anwendungsfälle des Koordinationsplans nach § 269 h InsO in der Praxis, *NZI-Beilage* 2018, S. 38.

zličit stečajnog upravnika[43]. Za razliku od poslednjeg, koordinator postupaka ne upravlja stečajnom masom dužnika-društva koji pripada grupi. Na njega ne prelazi ovlašćenje za upravljanje i raspolaganje imovinskom masom. Naprotiv, njegov zadatak je da postupa u skladu sa usaglašenim tokom postupaka u korist svih stečajnih masa. To dalje znači da je njegov zadatak usaglašen sa pojedinačnim stečajnim postupcima[44].

Ukoliko se pojavi sumnja da koncentracija stečajnog postupka u prizvanom stečajnom sudu ide u korist ukupnim interesima poverilaca, sud može odbiti predlog za otvaranje koordinacionog postupka[45]. Pravo dužnika na podnošenje predloga sa otvaranjem stečajnog postupka prelazi na stečajnog upravnika i sa imenovanjem prethodnog stečajnog upravnika, na koga prelazi pravo upravljanja i raspolaganja imovinom dužnika.

Novi popisi povećavaju izglede za reorganizaciju grupe društava, iako to ostaje i veliki izazov, jer dolazi do sukoba interesa između društava članova grupe, a što dalje može značiti odugovlačenje ili sprečavanje usvajanja odluka unutar pojedinačnih klasa poverilaca. Zato je od posebnog značaja uvođenje koordinacionog stečajnog postupka i funkcije koordinatora stečajnih postupaka. Koordinator će ubuduće imati ulogu posrednika između suprotstavljenih interesa poverilaca[46].

Nove odredbe o stečaju omogućavaju da korporacija lakše izvrši reorganizaciju uz pomoć stečajnog prava nego što je ranije bio slučaj. Naime, one olakšavaju planiranje i pripremu reorganizacije. Tako, sud može na predlog pravovremeno da otvori stečajni postupak nad grupom društava i izbegne odugovlačenje. To je od posebnog značaja za održavanje poslovanja i očuvanje radnih mesta.

Osim napred navedenih novina u Stečajnom zakoniku Nemačke, reformom je predviđena mogućnost obrazovanja odbora poverilaca grupe[47]. Tako, na zahtev odbora poverilaca, koji je imenovan u postupku nad imovinom društva-dužnika koje pripada grupi, sud nadležan za postupak nad grupom može, po saslušanju ostalih odbora poverilaca, imenovati odbor poverilaca za postupak nad grupom.

---

[43] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11436, S. 25 f:

[44] Graeber, Die Vergütung des Verfahrenskoordinators im Koordinationsverfahren gem. §§ 269a ff. InsO entsprechend dem aktuellen Rechtsstand, NZI 2018, 385.

[45] Langer, Die Aufgaben des Koordinationsgerichts, *NZI-Beilage* 2018, S. 27.

[46] Schneider/Kramer, Neues Konzerninsolvenzrecht: effektivere Verfahren durch Mediation, *BB* 2018, S. 713.

[47] § 269c InsO.

Svaki odbor poverilaca ili privremeni odbor poverilaca grupe dužnika, koji pripada grupi, a koji nije od očigledno manjeg značaja za celu grupu društava, imenuje jednog člana odbora poverilaca grupe, a jedan član ovog odbora imenuje se i iz reda predstavnika zaposlenih. Odbor poverilaca grupe ima ulogu da pomaže stečajnim upravnicima i odborima poverilaca u pojedinačnim postupcima, kako bi se olakšalo koordinisano odvijanje postupka. U pogledu naknade, aktivnost člana u odboru poverilaca grupe smatra se kao aktivnost u odboru poverilaca, koji član odbora poverilaca predstavlja u odboru poverilaca grupe. Prema svom položaju, odbor poverilaca grupe jednak je u pravima i obavezama privremenom odboru poverilaca[48].

Konačno, reforma je delom obuhvatila i ličnu upravu dužnika koji pripada grupi. Tako, ako se društvu dužniku, koji pripada grupi odredi lična uprava ili pak privremena lična uprave, dužnik ima obavezu saradnje. Dužnik kome je omogućena lična uprava nakon otvaranja postupka ima pravo da podnese predlog za otvaranje koordinacionog postupka[49].

ZAKLJUČAK

Usvajanjem i stupanjem na snagu novih odredbi o stečaju koncerna odnosno grupe društava završena je treća faza reforme nemačkog stečajnog prava. Ipak, ovde je reč o odredbama kojima se uređuje samo formalno stečajno pravo odnosno sam postupak. Time se nije diralo u odredbe o stečajnom postupku društava povezanih u grupe, a nedostaju materijalnopravne odredbe. Tako nema odredbi o konsolidaciji stečajne mase preduzeća koja pripadaju grupi, a za svakog pravnog subjekta člana grupe vodiće se i u buduće poseban stečajni postupak. Ipak, nove odredbe omogućavaju koordinaciju postupaka, koja međutim nije obaveza. Takođe, biće moguće da se stečajni postupci u odnosu na dužnika koji pripada grupi društava podele na više sudova, kao i da imaju više stečajnih upravnika. Stoga, rešavanje sukoba interesa između stečajnih masa biće vršeno na miran način, čak i u slučajevima kada je isti sud nadležan da vodi postupak nad više stečajnih masa odnosno kada je im je imenovan jedan stečajni upravnik. Zakon je ostao pri principu da su stečajne mase različitih pravnih subjekata i dalje samo-

[48] Hoegen/Kranz, Die Zusammenarbeit der Gläubigerausschüsse, *NZI-Beilage* 2018, S. 20.

[49] § 3a Abs. 1, § 3d Satz 2., § 269d Abs. 2. Satz 2 InsO.

stalne pravne celine i je obaveza stečajnog upravnika da brine o stečajnoj masi za čije je upravljanje imenovan.

Sporno je i pitanje prava na podnošenje predloga sudu nadležnom za grupu, da li je moguće na odgovarajući način utvrditi broj zaposlenih, sumu bilansa i prihode, te da jedan dužnik unutar grupe nije od malog značaja. Tako, matične ili holding kompanije bez zaposlenih i bez sopstvenih prihoda mogu biti od većeg značaja za grupu. Postavlja se i pitanje smisla koordinacionog plana, budući da on nije obavezan, a stečajni upravnik dužnika koji pripada grupi može od njega odstupiti.

Na praktičnom planu, ne očekuju se posebno loši efekti novih propisa o stečaju grupe društava. Ipak, s obzirom na to da je primena novih odredbi o stečaju koncerna odnosno grupe društava na samom početku, pravi rezultati za ocenu njihove efikasnosti se tek mogu očekivati.

ĐURO M. ĐURIĆ, PhD.,
Research fellow, University Zarlanda, Deutschland
VLADIMIR M. JOVANOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of economics and engineering management,
University Business Academy in Novi Sad

NEW REGULATIONS ON INSOLVENCY OF GROUP OF COMPANIES IN GERMANY

Summary

By the adoption of the new provisions on insolvency of the group or group of companies, the third phase of the reform of German bankruptcy law has been completed. However, the new provisions regulated only the formal part of insolvency or the insolvency procedure itself. They did not affect the provisions on insolvency proceedings of companies affiliated with groups, and lacking substantive provisions.

However, the new provisions allowed the coordination of procedures, which remain a possibility, not an obligation. They also remained on the principle that the insolvency masses of various legal entities are still an independent legal entity and the duty of the insolvency administrator will still be to take care of the insolvency asset for which it has been appointed. On the practical level, the effects of new insolvency regulations of a group of companies are not expected to be particularly bad. Since the implementation of new insolvency provisions for a group of companies at the very beginning. Therefore real results for assessing their effectiveness will only follow.

BRANISLAV RADULOVIĆ

ODBOR ZA REVIZIJU U PRIVREDNIM DRUŠTVIMA

– Institucionalno-normativni aspekti –

U V O D

Privredno društvo, po definiciji, je zajednica "dva ili više lica koja udružuju svoj kapital sa ciljem da ostvare određenu dobit, koju međusobno dijele prema unaprijed utvrđenim ciljevima."[1] Jedna od zajedničkih karakteristika svih privrednih društava je ostvarenje dobiti i stoga, ova društva, kao profitne organizacije, dužna su da vrše finansijsko izvještavanje i raspoređivanje ostvarene dobiti na članove društva *(dividenda)*. U svrhu zakonitog i tačnog izvještavanja članova društva i drugih zainteresovanih subjekata privredno društvo je dužno da uspostavi odgovarajuće računovodstvo i podliježe obavezi revizije finansijskih izvještaja.

Imperativ za uspješan poslovni menadžment u privrednim društvima je uspostavljanje odgovornog i transparentnog sistema finansijskog izvještavanja i sistema internih kontrola, koji je esencijalan za zaštitu prava akcionara i dugih zainteresovanih subjekata. Primarnu ulogu u ostvarivanju ove funkcije, pored

Dr Branislav Radulović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta "Mediteran", senator u DRI Crne Gore i predsjednik Udruženja pravnika Crne Gore.

[1] Velimirović M., Kompanijsko pravo, IRR, Podgorica, 2014 godina, strana 17.

eksternih i internih revizora, imaju odbori za reviziju.[2] Odbori za reviziju uspostavljaju se od strane skupštine akcionara ili drugog predviđenog organa u privrednom društvu u skladu sa zakonom i statutom društva i isti moraju biti organizovani u vidu stalnog tijela.

Prema Pojmovniku Međunarodnog djelovanja odbor je: "najviši nivo tijela zaduženog za upravljanje koji ima odgovornost usmjeravanja/ili nadgledanja aktivnosti organizacije i da obezbijediti odgovornost višeg menadžmenta."[3] Direktivom 2006/43/EC[4] predviđeno je da svaki privredni subjekta od javnog interesa mora da ima revizorski odbor.

Crnogorskim Zakonom o reviziji[5] kao subjekti od javnog interesa utvrđeni su: pravna lica koja emituju hartije od vrijednosti i druge finansijske instrumente kojima se trguje na organizovanom tržištu, banke i druge finansijske institucije, osiguravajuća društva i pravna lica razvrstana u kategoriju velikih pravnih lica u skladu sa Zakonom o računovodstvu[6].

Položaj, uloga i nadležnosti odbora za reviziju u uporedno-pravnim sistemima nijesu istovjetni, ali, bez obzira na razlike u organizaciji, sastavu ili nadležnostima, primarna funkcija svih odbora za reviziju je da obezbijede kvalitetno uvjeravanje za menadžment o efektivnosti procesa upravljanja, predstavljaju dodatnu podršku za aktivnosti i nezavisnost interne revizije i omogućuju kvalitetniju koordinaciju rada internih i eksternih revizora društva.

ULOGA I POLOŽAJ ODBORA ZA REVIZIJU U PRIVREDNOM DRUŠTVU

Primarna uloga odbora za reviziju jeste nadzor nad finansijskim i računovodstvenim procesima organizacije, tako da ovo tijelo služi kao veza između organa upravljanja i finansijskih službi sa jedne strane i eksterne i interne revizije sa druge strane.

---

[2] Radulović B., "Položaj, uloga i nadležnosti odbora za reviziju u svijetlu novih zakonskih rješenja u Crnoj Gori", časopis IRR – "Računovodstvo, revizija i finansije, strana 24-29, Podgorica 2017

[3] https://na.theiia.org/standards-guidance/Public%20Documents/IPPF-Standards-2017.pdf, str. 11. i 12.

[4] Direktiva Evropskog parlamenta i Vijeća o revizijama godišnjih i konsolidovanih finansijskih izvještaja od 17.05.2006. godine

[5] Čl 29 Zakona o reviziji, "Sl. list CG", br: 01/17 od 09.01.2017. god.

[6] Čl. 5 Zakona o računovodstvu, "Sl. list CG", br: 52/16 od 09.08.2016. god.

U pogledu organizacije odbora za reviziju karakteristična/dominantna su dva uporedna modela: anglosaksonski i kontinentalni model.

a) Anglosaksonski model zasnovan je na jedinstvu dvije funkcije (upravljačke i nadzorne) tako da postoji jedan odbor (eng. *The Board of Directors*) koji u sebi sublimira i upravljačku i nadzornu funkciju;

b) Kontinentalni model prepoznaje dvije vrste odvojenih odbora i to upravljačkog (eng. *Menagament Board*) i nadzornog (eng. *Supervisory Board*).

U ovom radu tretiraće se samo kontinentalni model organizacije privrednog društva koji je zastupljen u crnogorskom pozitivnom pravu. Ovaj model organizacije, koji se naziva i "dvostepeni", zasniva se na "uspostavljanju dvije vrste odbora u upravljačkoj strukturi korporacije 1) nadzornog odbora, sa članovima koji nemaju izvršne pozicije i koji preuzimaju ulogu nadzora i praćenja poslovanja i 2) uprave i upravnog odbora koji objedinjuje menadžere najvišeg nivoa u korporaciji, te koji preuzima ulogu upravljanja i vođenja preduzeća."[7]

Odbor za reviziju je "operativna komponenta odbora direktora *(borda direktora)* sa odgovornošću za nadzor sistema internih kontrola i finansijskog izvještavanja"[8] i treba reći da "stvaranje trajnog odbora za reviziju je rješenje za zadovoljenje praktičnih teškoća koje mogu da proisteknu iz zadataka odbora direktora da se osigura postojanje i održavanje adekvatnog sistema kontrole".[9]

U kontinentalnom modelu organizacije nadzorne funkcije u privrednim društvima, koja imaju dvostepeni oblik organizacije i odvojene odbore, "nadzorni odbor imenuje revizijski odbor koji obavlja određene zadatke nadziranja i praćenja poslovanja preduzeća."[10]

Međutim, bez razlike u obliku uspostave ovih tijela *(jednostepeni ili dvostepeni)*, kada su u pitanju odbori za reviziju kod istih bi "trebala postojati odgovarajuća uključenost neovisnih, neizvršnih direktora u ispitivanju procesa finacijskog izvještavanja, internih kontrola i upravljanja rizicima"[11]

---

[7] Tipurić, D., Nadzorni odbor i korporativno upravljanje, Sinergija nakladništvo, Zagreb, 2007., str. 57. i 60.

[8] Stanišić M.,Interna kontrola i revizija, Univerzitet Singidunum, Beograd 2015, str. 398

[9] Isto.

[10] Tušek. B., Interna revizija – organizacijski i metodološki aspekti, TEB – poslovno savjetovanje d.o.o. Zagreb 2017., str. 137.

[11] Isto.

Odbor za reviziju, dakle nije organ upravljanja i rukovođenja u privrednim društvima, tj. dio upravljačke strukture privrednog društva, već tijelo *(po pravilu pododbor)* u službi menadžmenta sa funkcijom unapređenja i kontrole finansijskog i ukupnog izvještavanja. Shodno navedenom, revizorski odbor se može definisati kao "specijalizovano *(radno)* tijelo *(komisija)* odbora direktora, odnosno nadzornog odbora, kojega čine neovisni i nezavisni članovi koji su odgovorni za nadziranje procesa finansijskog izvještavanja, procesa revizije finansijskih izvještaja i interne revizije, te učinkovitosti sustava internih kontrola i upravljanja rizicima, a to omogućava odgovarajućem nadzornom tijelu ostvarivanje nadzorne uloge nad poslovanjem preduzeća".[12]

NADLEŽNOSTI ODBORA ZA REVIZIJU

U većini uporedno-pravnih sistema odbori za reviziju imaju sljedeće nadležnosti:

– pružaju pomoć upravljačkim strukturama u ispunjavanju njihovih odgovornosti vezanih za nadzor u oblasti finansijskog izvještavanja i interne organizacione strukture;

– dodatno osiguravaju kredibilitet finansijskih izvještaja ili drugih informacija koje se javno objavljuju, a odnose se na finansijske performance[13];

– održavaju redovne sastanke i direktnu komunikaciju sa eksternim i internim revizorima;

- prate politike i procedure utvrđene zakonima i drugim propisima;

– vrše ispitivanja u vezi sa lošim upravljanjem i nezakonitostima u radu;

– ocjenjuju i daju preporuke u pravcu unapređenja uspješnosti finansijskog upravljanja.

Shodno navedenoj Direktivi 2006/43/EC[14] revizorski odbori su tijela koja u okviru svojih nadležnosti:

– prate postupak finansijskog izvještavanja;

---

[12] Tušek.B., Interna revizija – organizacijski i metodološki aspekti, TEB – poslovno savjetovanje d.o.o. Zagreb 2017, str. 137.

[13] Poznanić V., "Uloga odbora za reviziju u korporativnom upravljanu" – Revizija i računovodstvo, Beograd 2017. strana 9.

[14] Stav 2 čl. 41 Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća od 17.05.2006. godine o revizijama godišnjih i konsolidovanih finansijskih izvještaja.

– prate efikasnost interne kontrole privrednih društava, interne revizije i sistema upravljanja rizicima;

– prate zakonsku reviziju godišnjih i konsolidovanih finansijskih izvještaja;

– ispituju i prate nezavisnost ovlašćenog (eksternog) revizora ili društva za reviziju, a posebno pružanje dodatnih usluga subjektu nad kojim se sprovodi revizija.

Nadležnosti odbora za reviziju stalno se proširuju tako da, u sistemima sa razvijenim korporativnim upravljanjem, oni imaju i sljedeće kompetencije: razmatranje godišnje strategije rizika, vrše nadzor nad sistemom upravljanja rizikom, osiguravaju da interna kontrola bude adekvatna i funkcioniše u skladu sa standardima, predlaže izbor eksternog revizora, itd.

Crnogorski važeći Zakon o reviziji[15] iz 2017. godine, utvrđuje sljedeće nadležnosti Odboru za reviziju:

1) prati postupak finansijskog izvještavanja;

2) prati efektivnost interne kontrole pravnog lica i interne revizije;

3) prati zakonom propisanu reviziju godišnjih i konsolidovanih finansijskih iskaza;

4) prati nezavisnost angažovanih ovlašćenih revizora ili društava za reviziju, koja obavljaju reviziju, kao i ugovore o korišćenju dodatnih usluga u skladu sa članom 20 zakona;

5) daje preporuke skupštini akcionarskog društva, odnosno osnivačima o izboru društva za reviziju ili ovlašćenog revizora;

6) razmatra planove i godišnje izvještaje unutrašnje kontrole, kao i druga pitanja koja se odnose na finansijsko izvještavanje i reviziju.

Iz pregleda navedenih nadležnosti iz važećeg zakona o reviziji da se utvrditi da je crnogorsko zakonodavstvo usaglašeno sa nevedenom direktivom, stim da nacrtom novog Zakona o privrednim društvima[16] dodatno se proširuju nadležnosti ovog odbora, pa se tako u nacrtu zakona predviđa da odbor (komisija) za reviziju:

– priprema, predlaže i provjerava sprovođenje računovodstvenih politika i politika upravljanja rizicima;

[15] Čl. 31 Zakona o reviziji, "Sl. list CG", br: 01/17 od 09.01.2017. god.

[16] Čl. 171 nacrta Zakona o privrednim društvima, oktobar 2017. god.

– daje predlog odboru direktora za imenovanje i razrješenje lica nadležnih za obavljanje funkcije unutrašnjeg nadzora u društvu i nadzire njihov rad;

– ispituje primjenu računovodstvenih standarda u pripremi finansijskih izvještaja i ocjenjuje sadržinu finansijskih izvještaja;

– ispituje ispunjenost uslova za izradu konsolidovanih finansijskih izvještaja društva;

– sprovodi postupak izbora revizora društva i predlaže kandidata za revizora društva, sa mišljenjem o njegovoj stručnosti i nezavisnosti u odnosu na društvo;

– daje mišljenje o predlogu ugovora sa revizorom društva i u slučaju potrebe daje obrazloženi predlog za otkaz ugovora sa revizorom društva;

– vrši nadzor nad postupkom revizije, uključujući i određivanje ključnih pitanja koja treba da budu predmet revizije i provjeru nezavisnosti i objektivnosti revizora;

– obavlja i druge poslove iz domena revizije koje joj povjeri odbor direktora.

Nadalje, navedenim nacrtom utvrđuje se i da "Komisija za reviziju sastavlja i odboru direktora podnosi izvještaje o pitanjima iz stava 1 ovog člana najmanje jednom godišnje, osim ako statutom ili odlukom odbora direktora nije utvrđeno da se svi ili pojedini izvještaji sastavljaju i podnose u kraćim vremenskim intervalima".

ODNOS ODBORA ZA REVIZIJU I INTERNE I EKSERNE REVIZIJE

U pogledu odnosa sa internom/eksternom revizijom osnovna uloga odbora za reviziju je nadzor "postupaka interne i eksterne revizije koji podrazumijeva ocjenu efektivnosti interne i eksterne revizije, kao i druge nadležnosti prevashodno u vezi sa eksternom revizijom (davanje preporuka za imenovanje i promjenu revizora, provjeru nezavisnosti revizora, razmatranje plana i nacrta izvještaja i dr").[17]

Kada je u pitanju odnos između eksternog (komercijalnog) revizora i nadzornog odnosno upravnog odbora najčešće se odvija preko revizorskog odbora

[17] Poznanić V., "Uloga odbora za reviziju u korporativnom upravljanu" – Revizija i računovodstvo, Beograd, str. 9.

koji je "svojevrsni komunikacioni kanal"[18] nadzornog odnosno upravnog odbora s internim i eksternim revizorima.[19] Proces izvještavanja koji vrši eksterni revizor i odnos između subjekata koji u ovom procesu učestvuju uređeno je Međunarodnim revizorskim standardima[20]

Odbor za reviziju, svojom aktivnošću, treba dodatno da ojača ulogu interne revizije, razmatra i odobrava godišnje planove interne revizije, osigurava da interna revizija sprovodi revizije prema predviđenom planu kao i da joj pomože u njenom funkcionisanju i ostvarivanju nezavisnosti u radu u odnosu na upravljačku strukturu privrednog društva. Takođe, treba dodatno da "podstiče komunikaciju između članova borda direktora, višeg rukovodstva, odjeljenja interne revizije, eksternog revizora i nadzornog organa"[21]

Odbor za reviziju bi trebalo da bude uključen u proces definisanja nadležnosti interne revizije i formulisanja njenih ciljeva i misije u nadzoru kontrolnih postupaka. Pored toga vodi računa o resursima koji stoje na raspolaganju internoj reviziji u sprovođenju njene funkcije.

Revizorski odbor "treba biti upoznat s prirodom, opsegom, vremenskim rasporedom i rezultatima testova kontrola koje provodi interni revizor, te s izvješćima koji se o rezultatima tih testova dostavljaju menadžmentu, uključujući reakciju menadžmenta na ta izvješća."[22]

Sektor interne revizije, kao stalni oblik organizacione strukture privrednog društva, obezbjeđuje sve relevantne informacije odboru za reviziju kako bi odbor imao uvid o svim aktivnostima u organizaciji. Tu se prije svega misli na pravilnike interne revizije, njihove izvještaje, dokumenta koja se tiču ciljeva, oblasti koje pokrivaju kao i odgovornosti, koje su relevantne za aktivnosti koje sprovode, a koje su definisane zakonom.

---

[18] Carmicheael, D.R. i Willingham, J.J., op., cit., str. 508.

[19] Filipović I., Revizija, Sinergija, Zagreb 2009., str. 160.

[20] Međunarodni revizorski standardi, MrevS 260 – Komuniciranje o revizorskim pitanjima sa onima koji su zaduženi za upravljanje, op. cit., str. 141-145.

[21] Basel Committee on Banking Supervision, The internal audit function in banks, Bank for International Settlements, 2012, p. 11.

[22] Tušek.B., Interna revizija – organizacijski i metodološki aspekti, TEB – poslovno savjetovanje d.o.o. Zagreb 2017, str. 137.

Postoje tri oblasti u pogledu aktivnosti koje su ključne za efikasan odnos između revizorskog odbora i interne revizije:[23]

– pružanje pomoći revizorskom odboru da se obezbijede izvještaji, aktivnosti i procesi koji su odgovarajući za ispunjenje obaveza;

– osiguranje da se izvještaji, uloga i aktivnosti interne revizije jasno shvate i odgovore na zahtjeve odbora za reviziju i upravnog odbora;

– održavanje otvorenih i efikasnih razgovora sa odborom za reviziju i predsjedavajućim.

U konačnom, kvalitetan nadzor nad finansijskim izvještavanjem u privrednom društvu traži "uspostavu i održavanje odgovarajućeg dvosmjernog odnosa između revizorskog odbora i funkcije interne revizije"[24] koji obezbjedjuje uspješan poslovni menadžment u privrednim društvima uspostavljanjem odgovornog i transparentnog sistema finansijskog izvještavanja.

NORMATIVNA UREĐENOST ODBORA ZA REVIZIJU U CRNOGORSKOM PRAVNOM SISTEMU

Položaj, uloga i nadležnosti odbora za reviziju u crnogorskom zakonodavstvu uređeni su Zakonom o reviziji,[25] a pojedina pitanja, vezana za ovo tijelo sadržana su i u nacrtu novog zakona o privrednim društvima.

Prethodno, odbor za reviziju bio je normiran i uređen kroz izmjene i dopune Zakona o računovodstvu i reviziji[26], i kao obavezno tijelo u društvu bio je predviđen samo za velika pravna lica.

Najznačajnija novina koja je izvršena donošenjem novog Zakona o reviziji je ta što je proširen krug privrednih društava koja moraju uspostaviti odbor za reviziju. Odbor za reviziju sada moraju imenovati sva privredna društva koja su obavezana na vršenje godišnje eksterne revizije (čl. 29) što predstavlja najveću i osnovnu razliku između dva zakonska teksta. Naime, ranije, imenovanje revizor-

[23] Izvor: http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2006/7_8/UBS-Bankarstvo-7-8-2006-Stanisic.pdf

[24] Tušek.B., Interna revizija – organizacijski i metodološki aspekti, TEB – poslovno savjetovanje d.o.o. Zagreb 2017., str. 140.

[25] čl. 30 i 31 Zakona o reviziji ("Sl list CG", br. 01/17 od 09.01.2017. godine).

[26] čl. 16e i 16f Zakona o računovodstvu i reviziji ("Sl list CG", br. 69/05, 08/80, 73/10 i 32/11).

skog odbora bilo je obaveza samo za velika privredna društva (shodno tada važećem Zakonu – čl. 3a), a sada su to i srednja privredna društva, kao i druga privredna društva utvrđena čl. 29 novog Zakona (matična pravna lica, investiciona društva, investicioni fondovi, dobrovoljni penzioni fondovi itd.)

Ustanovljena zakonska rješenja nijesu do kraju uspješno izvedena jer se istim uvodi obaveza za sve subjekte iz čl. 29 Zakona da imaju odbor za reviziju, ali se obaveznost formiranja interne revizije predviđa samo za velika pravna lica (čl. 33). Ovo rješenje nije konzistentno jer upravo odbor za reviziju ima primarnu funkciju u pogledu nadzora nad radom interne revizije i ostvaruje saradnju sa njom, koja se ne predviđa i za srednja privredna društva[27]. Da je za punu funkciju odbora za reviziju neophodno postojanje interne revizije ukazuje se i u stručnoj literaturi gdje se između ostalog navodi "da bi ispunio svoje odgovornosti prema cjelokupnom odboru direktora, akcionarima i prema javnosti, odboru za reviziju je potrebna funkcija interne revizije koja bi predstavljala nezavisne "oči i uši" unutar organizacije i obezbjeđivala ocjenjivanje internih kontrola i drugih aspekata".[28]

Kada je u pitanju član zakona koji utvrđuje obavezan broj članova odbora on je ostao nepromijenjen, tako da i novi zakon utvrđuje da ovo tijelo broji najmanje tri člana, koje imenuje skupština akcionara, odnosno nadležni organ utvrđen statutom. Međutim, došlo je do izvjesne promjene u definisanju sastava odbora. Naime, prethodni zakon samo je utvrđivao da "najmanje jedan član revizorskog odbora mora biti stručnjak iz oblasti računovodstva i revizije", dok novo zakonsko rješenje šire uređuje sastav odbora kroz uvođenje ograničenja – definišući konflikt interesa.

Novim zakonom se, kao i ranije propisuje da "najmanje jedan član revizorskog odbora mora imati znanje iz oblasti računovodstva i revizije", ali se i dodaje da ovo lice "ne smije biti zaposleni, akcionar ili član organa upravljanja u pravnom licu (navedenom u stavu 1 čl. 30). Ovo rješenje eliminiše mogućnost da ova lica, ako su učestvovala u sastavljanju finansijskih izvještaja ili su zaposleni u

[27] Radulović B., "Položaj, uloga i nadležnosti odbora za reviziju u svijetlu novih zakonskih rješenja u Crnoj Gori", časopis IRR – "Računovodstvo, revizija i finansije, str. 24-29, Podgorica 2017.

[28] Stanišić M.,Interna kontrola i revizija, Univerzitet Singidunum, Beograd 2015, str. 399.

društvu, mogu biti članovi odbora za reviziju, što predstavlja unapređenje u odnosu na raniji tekst zakona.[29]

Nacrt zakona o privrednim društvima daje još restriktivnije rješenje na način da "lice koje je zaposleno ili na drugi način angažovano u pravnom licu koje vrši reviziju finansijskih izvještaja društva ne može biti član komisije za reviziju[30], čime bi se, za slučaj njegovog usvajanja, eliminisala mogućnost da bilo koje lice zaposleno ili na drugi način angažovano u pravnom licu može biti član ovog odbora.

IMENOVANJE I SASTAV REVIZORSKOG ODBORA

Odbor za reviziju, kada je u pitanju njegov sastav/struktura, po pravilu, se sastoji "samo od spoljnih direktora, što ga čini nezavisnim od menadžmenta, i treba da bude sastavljen od posebno kvalifikovane grupe eksternih direktora koji poznaju, prate, koordiniraju i tumače internu kontrolu i odgovarajuće finansijske aktivnosti za ceo odbor direktora"[31]

Kada je u pitanju broj članova, ne postoji generalno pravilo ili ograničenje u pogledu istog, pa se tako u literaturi navodi da je odbor "obično sastavljen od 5 ili 6 članova".[32] Broj članova revizorskog odbora "trebao bi korespondirati sa potrebama poslovnog subjekta, pri čemu bi trebalo voditi računa da se taj odbor sastoji od najmanje tri, ali ne više od pet članova"[33], iz razloga da bi se "osigurala veća operativnost tog pododbora".[34]

Tako u Zakonu o reviziji Hrvatske utvrđuje se da se revizorski odbor sastoji od članova nadzornog odbora i članova imenovanih od nadzornog odbora, bez utvrđivanja broja, s tim da članstvo u odboru, shodno Kodeksu korporativnog upravljanja, može biti ograničeno na četiri godine kontinuiranog mandata.

Crnogorski zakon o reviziji normira da su pravna lica, utvrđena čl. 29 zakona, dužna da imenuju revizorski odbor od najmanje tri člana, čije imenovanje vrši

[29] Radulović B., "Položaj, uloga i nadležnosti odbora za reviziju u svijetlu novih zakonskih rješenja u Crnoj Gori", časopis IRR – "Računovodstvo, revizija i finansije, strana 24-29, Podgorica 2017.

[30] Rješenje iz nacrta zakona o privrednim društvima – član 170 stav 3.

[31] Stanišić M.,Interna kontrola i revizija, Univerzitet Singidunum, Beograd 2015, str. 399.

[32] Isto.

[33] Tušek, B., Uloga i zadaci revizijskog odbora, Računovodstvo i financije, Zagreb, br. 10/2006, str. 44.

[34] Filipović I., Revizija, Sinergija, Zagreb 2009, str. 162.

skupština akcionarskog društva, odnosno nadležni organ određen statutom društva. U pogledu strukture/sastava odbora Zakon utvrđuje da najmanje jedan član revizorskog odbora mora imati znanje iz oblasti računovodstva i revizije i ne smije biti zaposleni, akcionar ili član organa upravljanja u pravnom licu [35].

Pravna lica koja do stupanja na snagu novog Zakona o reviziji nijesu bila dužna da imenuju revizorski odbor, dužna su da u roku od devet mjeseci od stupanja na snagu ovog zakona (17.09.2017. godine) imenuju revizorski odbor u skladu sa čl. 30 Zakona (čl. 58).

Problem u pogledu imenovanja članova odbora može biti činjenica da niti jedan zakon ne utvrđuje mandat članova odbora za reviziju. U uporednoj praksi članovi odbora za reviziju "imenuju se na period od tri godine, sa mogućnošću ponovnog imenovanja, a radi održavanja akumuliranog znanja, neophodnog za obavljanje nadležnosti. Nikada se istovremeno ne mijenjaju svi članovi odbora, već se sprovodi politika rotacije prilikom imenovanja"[36] Zakon, dakle, normira broj članova, znanja i kompetencije iz oblasti računovodstva i revizije kao i sprječavanje konflikta interesa ali sa druge strane ne normira vrijeme trajanja mandata kao i druga pitanja koja su vezana za postupak imenovanja, postupak predlaganja, većinu, bliže uslove za izbor itd. Navedeno se dijelom može smatati nedostatkom zakona imajući u vidu da se u stručnoj literaturi navodi da članovi treba da imaju znanje "koje odgovara dužnostima odbora za reviziju"[37] i da "posebna pažnja bi trebalo da bude posvećena stručnim i ličnim kvalitetima kandidata. Oni bi morali da imaju znanje i iskustvo, prije svega iz oblasti računovodstva, revizije i poslovnih finansija, ali i lične osobine kao što su: odlično rasuđivanje, integritet, etičko ponašanje[38]."

Koncept novog zakona o privrednim društvima i uređenje odbora za reviziju

Kada su u pitanju naziv, organizacija, sastav i nadležnosti odbora za reviziju ova pitanja, u većini pravnih sistema, nijesu uređena samo zakonima o revizi-

[35] čl 30 Zakona o reviziji, "Sl. list CG", br: 01/17 od 09.01.2017. god.

[36] Poznanić V, "Uloga odbora za reviziju u korporativnom upravljanju" – Revizija i računovodstvo, Beograd, str. 11.

[37] Stanišić M.,Interna kontrola i revizija, Univerzitet Singidunum, Beograd 2015, str. 399.

[38] Isto, str. 11.

ji, sa pozivom na zakon o računovodstvu, već i zakonima o privrednim (trgovačkim) društvima. Važeći crnogorski zakon o privrednim društvima ne prepoznaje institut odbora za reviziju i isti se po prvi put predviđa *(normira)* u nacrtu novog zakona. Uvidom u tekst nacrt novog zakona, mogu se identifikovati pojedine neusklađenosti između važećeg Zakona o reviziji i ponuđenog teksta zakona u nacrtu, iz oktobra 2017 godine, koji uređuje privredna društva[39].

Prva razlika između dva zakonska teksta sadržana je u tome što je uočljiva terminološka neusklađenost, pa se tako umjesto termina "Odbor" za reviziju u nacrtu zakona o privrednim društvima (čl. 171 i drugi) koristi termin – "Komisija"[40].

Drugo, postoji sistemska kolizija jer stav 5 čl. 169 u dijelu pod nazivom "Komisije odbora direktora" utvrđuje da "Odbor direktora društva od javnog interesa obavezno obrazuje komisiju za reviziju". Ovaj član je direktno u koliziji sa stavom 2 čl. 30 Zakona o reviziji koji precizno utvrđuje (što je bilo rješenje i u prethodnom zakonu) da "Revizorski odbor imenuje skupština akcionarskog društva, odnosno nadležni organ određen statutom društva".

Treće, nacrtom zakona o privrednim društvima (čl. 170) uređuje se sastav i rad "komisije za reviziju" na način da se uvodi institut – nezavisni direktor, kao obavezni član Komisije (odbora) za reviziju, što ne postoji u osnovnom zakonu o reviziji. Pritom, ovim članom (170 stav 2) utvrđuje se sastav "Komisije za reviziju" na način da: "predsjednik komisije za reviziju mora biti nezavisni direktor, a najmanje jedan član mora biti lice koje je ovlašćeni revizor u skladu sa zakonom ili koje ima odgovarajuća znanja i radno iskustvo u oblasti finansija i računovodstva, a koje je nezavisno od društva u smislu člana 159 ovog zakona".

Važeći zakon o reviziji utvrđuje da "najmanje jedan član revizorskog odbora mora imati znanje iz oblasti računovodstva i revizije i ne smije biti zaposleni, akcionar ili član organa upravljanja u pravnom licu". U odnosu na ovo rješenje, normom iz nacrta zakona o privrednim društvima restriktivnije se eliminiše konflikt interesa (ne ostavlja se mogućnost da zaposleni, akcionar ili član organa upravljanja u pravnom licu budu članovi odbora – komisije za reviziju).

Četvrto, čl. 171 iz nacrta zakona kojim se uređuje nadležnost Komisije za reviziju, proširuje njene nadležnosti u odnosu na važeća rješenja, a posebno tačke

[39] Važeći Zakon o privrednim društvima ne sadrži norme kojima se uređuje odbor za reviziju.

[40] Radulović B., "Položaj, uloga i nadležnosti odbora za reviziju u svijetlu novih zakonskih rješenja u Crnoj Gori", časopis IRR – "Računovodstvo, revizija i finansije, str. 24-29, Podgorica 2017.

5. i 7. Naime, u tački 4. normira se da Komisija (odbor) za reviziju "ispituje ispunjenost uslova za izradu konsolidovanih finansijskih izvještaja društva." U tački 7. čl. 171 nacrta zakona normira se da Komisija (odbor) za reviziju "vrši nadzor nad postupkom revizije, uključujući i određivanje ključnih pitanja koja treba da budu predmet revizije i provjeru nezavisnosti i objektivnosti revizora".

Dodatno u predlogu novog Zakona o privrednim društvima nema odredbi o "Odgovornosti revizora" koje postoje u važećem (član 47a), čime se umanjuje odgovornost revizora za zloupotrebe te ako namjerno ili sa nepažnjom doprinese prevarnoj radnji. Naime, stav 1 važećeg zakona utvrđuje da "revizor ima pravo da prisustvuje godišnjoj skupštini društva i da daje objašnjenja i odgovore na postavljena pitanja u vezi sa ocjenama i mišljenjem u podnesenom izvještaju, kao i da bude pozvan, kao i akcionar društva". Stav 2 utvrđuje odgovornost revizora na način da "Revizor odgovara zbog zloupotrebe svog položaja i ovlašćenja, posebno ako namjerno ili nepažnjom doprinese prevarnoj aktivnosti menadžera ili protivno zakonu objavi ili otkrije neovlašćenim licima poslovne tajne klijenta ili na drugi način doprinese nastanku štete za društvo i može biti tužen za naknadu štete zajedno sa članovima odbora direktora i izvršnim direktorom".

Nadalje, u čl. 309 stav 2 tačka 2 navodi se da Skupština "usvaja finansijske iskaze, kao i izvještaje revizora ako su finansijski iskazi bili predmet revizije". Izvještaji revizora se ne usvajaju, već se razmatraju i ovu koliziju bi trebalo eliminisati iz nacrta novog zakona o privrednim društvima. [41]

Identifikovane neusklađenosti ili kolizije zahtjevaju da nadležna ministarstva finansija (u čijoj je nadložnosti bilo izrada zakona o reviziji) i ekonomije (nadležno za izradu zakona o privrednim društvima) usaglase ponuđena rješenja i izbjegnu koliziju dva sistemska zakona, prije usvajanja predloga zakona, osobito prije njegovog upućivanja u skupštinsku proceduru. Tim prije što se u čl. 171 stav 3 nacrta zakona o privrednim društvima navodi da odredbe ovog zakona "kojim se uređuje status, organizacija i način rada komisije za reviziju, primjenjivaće se ako nijesu suprotne zakonskim propisima kojima se uređuje oblast privrednih društava."

[41] Isto.

BRANISLAV RADULOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University
"Mediteran", Montenegro

AUDIT COMMITTEE IN COMPANIES

Summary

Establishing of responsible and transparent system of financial reporting and system of internal controlling is an imperative for successful business management in legal entities and it is essential for the protection of shareholders rights and other interested parties. Primary role in accomplishing this function, apart from internal and external auditors, is appointed to board of auditors. Boards of auditors are established by shareholders assembly or any other legal entity organ entitled by the law and statutory act of the legal entity. They have to be organized as a permanent company's body.

As per International glossary of acting board is: "the highest level of the body in charge for managing and with responsibility to direct/or supervise activities of the organization and to provide responsibility of top management".

Pursuant directives 2006/43/EC it is foreseen for each legal entity from public interest to have board of auditors According to Montenegrin Law on audit, subjects of public interest are: legal entities which perform emission of securities and other financial instruments for trading on organized market, banks and other financial institutions, insurance companies and legal entities categorized as large legal entities as per Law on accounting.

Position, role and authority of audit board in parallel legal systems are not the same, but never mind differences in organization, structure or competences, primary function of all audit boards is to provide qualitative assurance for management about effective management processes, it represent additional support to activities and independence of internal audit and it should provide more qualitative cooperation between internal and external auditors in the company.

MILAN S. ČUKIĆ

PRIVREDNA KOMORA SRBIJE PRED IZAZOVIMA PRIVREDE I MODERNE DRŽAVE

ISTORIJAT

Ideja o udruživanju privrednika u jednu celinu postoji vekovima. I upravo vekovima unazad oblici i načini privređivanja nisu bili isti, pa se i model interesnog udruživanja privrednika menjao. Ipak, jedini održivi sistem koji okupio privrednike na jednom mestu bio je i ostao sistem privrednih komora. Uporedo sa sve većim očekivanjem privrednika, vremenom su uloga i značaj privrednih komora bili sve veći.[1]

S obzirom na to da se 19. vek, na neki način, smatra prekretnicom u državnom, političkom i ekonomskom razvitku Republike Srbije, posebnu pažnju treba obratiti na inicijativu velikog broja beogradskih trgovaca i zanatlija koji su 1856. godine osnovali *Odbor za poboljšanje trgovine u Srbiji*.

Privredna komora Srbije (u daljem tekstu: Komora) osnovana je 1857. godine u Beogradu, kada je knez Aleksandar Karađorđević doneo akt – uredbu

---

Milan S. Čukić, viši savetnik u Centru za bilateralnu saradnju i koordinaciju rada predstavništava Privredne komore Srbije.

[1] "*Organizacija i delatnost privrednih komora*", Narodna Skupština Republike Srbije / Odeljenje za informativno-istraživačke i bibliotečke poslove / Odsek za informativno-istraživačke poslove, broj 01/09, 2009, Beograd

"Ustrojstvo Trgovačkog odbora u Beogradu" (*Ustrojenije Trgovačkog odbora u Beogradu*) na osnovu koje je u modernoj Srbiji osnovana prva privredna asocijacija čime su postavljeni temelji privredne komore.

Osnovni zadaci Trgovačkog odbora bili su poslovi koji su se odnosili na zanatlije i trgovce, kao i na aktivnosti koje će doprineti poboljšanju i razvijanju trgovine i zanata, odnosno celokupne privrede.

Na osnovu rečenog, može se zaključiti da je komora kroz istoriju menjala nazive, ali ne i ulogu, koja je ostala ista, a to je privredni razvoj i unapređenje privrednog ambijenta i poslovanja.

Zakonom o radnjama iz 1910. godine osnovane su privremene komore, i to: Trgovačka, Zanatska, Industrijska i Radnička, dok su Zakonom o radnjama iz 1931. godine i Uredbom Vlade iz 1932. godine o trgovinskim, industrijskim i zanatskim komorama osnovane: Trgovinska komora u Beogradu; Industrijska komora u Beogradu; Zanatska komora u Beogradu; Trgovinsko-industrijska komora u Velikom Bečkereku i Zanatska komora u Novom Sadu.

Zakonom o obrazovanju jedinstvenih privrednih komora iz 1962. godine, umesto granskih komora, osnivaju se jedinstvene privredne komore što predstavlja jedan od značajnijih trenutaka u razvoju komorskog sistema, jer je ustanovljena nova organizaciona struktura radi što efikasnijeg ostvarivanja interesa članova[2].

Privredna komora Srbije, kao asocijacija privrednika, preduzetnika i drugih oblika organizovanja na teritoriji Republike Srbije, osnovana je Zakonom o privrednim komorama[3].

Uporedni prikaz komora osnovanih prema javnom (kontinentalnom modelu) i privatnom (anglosaksonskom modelu) pravu

Osnovna razlika između komora osnovanih prema javnom (kontinentalnom) i privatnom (anglosaksonskom) pravu leži u načinu funkcionisanja i organizacije. Bilo da se osnivaju po javnom ili privatnom pravu, privredne komore imaju isti cilj, a to je predstavljanje i zaštita zajedničkih interesa celokupne privrede, odnosno svih sektora i privrednih subjekata na teritoriji koju pokrivaju.

---

[2] Momir S. Pavlićević, Radivoje S. Jevtić, "*Privredna komora Srbije 1857-2007*", Privredna komora Srbije, 2007, Beograd

[3] "Službeni glasnik RS", br. 65/2001

Uporednom analizom, u sistemima gde su privredne komore osnovane po javnom pravu, pokazalo se da su ekonomski najrazvijenije zemlje u Evropi - Austrija, Francuska, Nemačka, Italija, Holandija, Španija, Turska, Grčka i brojne zemlje u tranziciji, zakonom uspostavile sistem obaveznog članstva. Upravo u tim zemljama, gde je sistem privrednih komora ojačan, mnoge poslove, privredne komore obavljaju efikasnije i jeftinije nego država[4].

U velikom broju država koje su uspostavile sistem obaveznog članstva vlada mišljenje da ovakav sistem u budućnosti treba bezuslovno i zadržati, jer samo na taj način privredne komore mogu da budu relevantan partner Vladi, odnosno da zastupaju, promovišu i štite zajedničke interese cele privrede, odnosno interese svih privrednih subjekata i ravnopravno stavljaju na raspolaganje programe edukacije i sertifikacije za sve svoje članove.

Da bi se realizovali svi ciljevi i zadaci privrednih komora, budući rad morao bi da se zasniva na obaveznom članstvu, kao i na saradnji svih privrednih komora (nacionalne, pokrajinske, regionalne i gradske) sa državom, uz puno uvažavanje principa, bez direktnog uticaja države.

Nauka i praksa su pokazale da je uspostavljeni sistem obaveznog članstva pomogao rad privrednih komora, jer iste nisu morale da brinu oko privlačenja članova niti da od države traže da im poveri određene poslove, budući da članarina predstavlja značajan deo prihoda.

Uz obavezno članstvo, privredne komore su u stanju da same sebi postavljaju ciljeve i da ostvare nezavisnost u radu i samostalnom odlučivanju, efikasnost, ali i finansijsku nezavisnost u odnosu na državu.

Postavlja se pitanje na koji način bi se ostvarili zajednički interesi privrednih subjekata koji su članovi privredne komore?

Zajednički interes privrednih subjekata obezbeđuje se kroz jedinstven komorski sistem koji predstavlja logičnu posledicu zakonskog osnivanja privrednih komora i obaveznog članstva i onim što privredne komore nude svim privrednim subjektima i granama privrede, a to su:

- zastupanje, promovisanje i zaštita zajedničkih interesa celokupne privrede, odnosno interese svih privrednih subjekata;
- poslovno povezivanje i umrežavanje članova;
- davanje mišljenja (savetodavno telo);

[4] Međunarodni trgovinski centar, "*Osnivanje komora prema javnom i privatnom pravu*", Međunarodna trgovinska komora, 1982, Ženeva

- organizovanje stručnih skupova, edukativnih seminara u svim oblastima;
- izdavanje biltena i brošura; informisanje o privrednim pitanjima;
- podnošenje predloga državnim institucijama - obezbediti konsultacije komore sa predstavnicima vlasti pre donošenja odluka koje se odnose na privredu;
- saradnja sa državom (saradnja na nacionalnom nivou) i saradnja sa lokalnim samoupravama;
- međukomorska saradnja, kako u zemlji tako i u regionu;
- najefikasnije edukativne mehanizme kroz programe edukacije za sve članove; organizovanje obuka, razmene saradnje, pružanje informacija o ponudi i tražnji svojih članova;
- pomoć u posredovanju – pojavljivanje u ulozi posrednika (medijatora);
- pomoć pri arbitraži;
- pružanje informacija i saveta u spoljnoj trgovini.

Zbog svega navedenog, od države se očekuje da prepozna interes u radu privrednih komora. To dalje znači da je spektar usluga, koji nude privredne komore, raznolik zbog čega svi imaju korist: članovi komore; država; privreda i građani.

Privredne komore najrazvijenijih evropskih zemalja, na koje želimo da se ugledamo, imaju obavezno članstvo.

Privredne komore osnovane prema javnom pravu su komore sledećih država: SR Nemačka, Austrija, Francuska, Italija, Holandija. Španija, kao i veliki broj zemalja u tranziji. Glavna karakteristika ovih privrednih komora je članstvo po zakonu (obavezno članstvo) što znači da članarine čine glavni prihod komore, pri čemu su svi privredni subjekti pozitivno-pravnim propisima obavezni da budu uključeni u njihov rad. Kod ovako uređenih komorskih sistema teže je osnovati više privrednih komora. Opstanak komora organizovanih po kontitentalnom modelu moguć i u slučaju da im se ne povere široka javna ovlašćenja bez obzira na to što im država ne pomaže u sprovođenju nekih aktivnosti. Kod ovako organizovanih komorskih sistema, privredne komore su u obavezi da zastupaju interese svih privrednih sektora. Preduslov za tako nešto je temeljno poznavanje upravo tih privrednih sektora. Još jedna veoma bitna karakteristka ovako organizovanih privrednih komora je poveravanje javnih ovlašćenja od strane države. Pri čemu je jedna od velikog broja svojih usluga i izdavanje raznih uverenja o poreklu robe, kao i drugih uvozno-izvoznih dokumenata[5].

[5] Međunarodni trgovinski centar, "*Dohodovne aktivnosti privrednih komora*", Međunarodna trgovinska komora, 1993, Ženeva.

U SR Nemačkoj, Savezni upravni sud i Savezni ustavni sud argumentovano su potvrdili obaveznost članstva, kao i obrazloženo prenošenje i poveravanje javnih ovlašćenja privrednim komorama. Obe institucije su kao zaključak i obrazloženje istakle da su privredne komore te institucije koje povezuju privredu i privrednike, kao i da su privredne komore u mnogo boljoj poziciji od državne uprave u odnosu prema privrednim subjektima[6].

Privredne komore osnovane prema privatnom pravu su komore sledećih država: Sjedinjene Američke Države, Kanada, Izrael, Skandinavske zemlje i sl. Glavna karakteristika ovih privrednih komora je dobrovoljno članstvo, što znači da ne moraju da zavise od članarine, pri čemu svi privredni subjekti nisu u obavezi da budu uključeni u njihov rad. Kod ovako uređenih komorskih sistema postoji mogućnost da se osnuje i organizuje veliki broj privrednih komora. Opstanak komora organizovanih po anglosaksonskom modelu moguć je isključivo ako im se povere široka javna ovlašćenja i ako im država pomoća u sprovođenju određenih aktivnosti[7]. Kod ovako organizovanih komorskih sistema veoma je teško privlačenje novih članova. Razlozi za to nalaze se u činjenici da privredni subjekti mogu da biraju kojoj će komori da pristupe i/ili da budu prisutni istovremeno u više komora (što i nije neuobičajeno) dokle god za tim imaju interes. Posebno se treba istaći da privredne komore sa dobrovoljnim članstvom najviše pažnje poklanjaju efikasnom generisanju članova i zastupaju isključivo njihove interese, pri čemu se ne vodi računa o celokupnoj privredi.

Na kraju trebalo bi istaći, da eksperimenti sa dobrovoljnim članstvom nisu doveli do željenog efekta i opravdanosti uvođenja. Za primer možemo uzeti Španiju i Republiku Srpsku[8], koje su se odmah po uvođenju dobrovoljnog članstva, vratile na obavezno članstvo, da ne bi došlo do urušavanja komorskog sistema. U Sloveniji, čija je komora sa obaveznim članstvom imala ključnu ulogu u pristupanju EU, kada je uvedeno dobrovoljno članstvo, značaj komore kao resusa privrede uveliko je smanjen.

---

[6] "*Uporedna analiza zakonskih rešenja u zemljama članicama EU i bivšim republikama SFRJ*", Privredna komora Srbije – Pravni fakultet, 2008, Beograd.

[7] "*Organizacija i delatnost privrednih komora*", Narodna Skupština Republike Srbije / Odeljenje za informativno-istraživačke i bibliotečke poslove / Odsek za informativno-istraživačke poslove, broj 01/09, 2009, Beograd.

[8] "*Zakon o privrednoj komori Republike Srpske*", "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 65/08.

Zakon o privrednim komorama - 2001. godina

Zakon o privrednim komorama[9] kao Zakon koji se najduže održao u modernoj istoriji Republike Srbije i u kome je bilo najmasovnije članstvo, omogućavao je sledeće:

- nezavisnost od bilo kojih činilaca osim onih čije interese zastupa;
- sprečavao je komoru da prema svojim članovima nastupa u suprotnosti sa načelima zaštite konkurencije, pri čemu se vodilo računa o nastupu komore u privrednom poslovanju;
- ravnopravnost interesa svih privrednih subjekata i maksimalnu reprezentativnost;
- da Komora bude istinski servis privrede i da bude privredni samoregulator (da donosi razne kodekse, vodiče, uzanse, standarde i sl.);
- da privreda bude ravnopravni partner Vladi u kreiranju ekonomske politike, kao i da bude inicijator i predlagač privrednih zakona;
- jačanje međunarodne reputacije domaće privrede u inostranstvu i javnopravni karakter komora kroz vršenje javnih ovlašćenja;
- alternativne načine rešavanja privrednih sporova;
- jačanje sistema edukacije u poslovnim krugovima;

Prema zakonskim rešenjima ovako organizovane komora nezamenljive su pri donošenju privredno-pravnih propisa, kao i u donošenju i sprovođenju utvrđene ekonomske politike, kojom bi se obezbedio ravnomeran razvoj regiona u Republici Srbiji, ali i pozicioniranje cele zemlje, kao atraktivne investicione destinacije u Jugoistočnoj Evropi.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o privrednim komorama – 2009. godina

Zakonodavac je 2009. godine pokušao da nizom novina i eksperimentalnih rešenja (*Zakon o izmenama i dopunama Zakona o privrednim komorama*)[10], koji su počeli da se primenjuju od 1. januara 2013. godine, ogranizuje i unapredi rad komorskog sistema. Zakon je donet 2009. godine, po hitnom postupku, ali sa odloženim rokom primene, bez javne rasprave i uvažavanja mišljenja privrede i su-

[9] "Službeni glasnik RS", br. 65/2001.

[10] "Službeni glasnik RS", br. 36/2009.

gestija naučne i stručne javnosti i drugih nadležnih organa. Najvažnije izmene zakonskih odredaba odnosile su se na:

- ukidanje obaveznog i uvođenje dobrovoljnog članstva, ali i mogućnost da najmanje sto (100) privrednih subjekata može osnovati i druge komore prema delatnosti koje ti subjekti obavljaju (član 2a Zakona), odnosno da se organizuju, pored postojećeg komorskog sistema;
- osnivanje Registra komora koji vodi Agencija za privredne registre. (član 2b Zakona);
- definisanje nove nadležnosti privredne komore (član 10. stav 1. alineja 13.) koja se odnosi na praćenje postojanja konkurencije na tržištu;
- osnivanje Suda časti (član 30.);
- osnivanje Spoljnotrgovinske arbitraže kao samostalnog i nezavisnog stručnog tela (član 33a).

Zakonodavac je pokušao da ukidanjem obaveznog i uvođenjem dobrovoljnog članstva, ali i dopuštanjem osnivanja novih komora, stvori takav ambijent da se pod parolom "stvaranja konkuretnosti" između komora i/ili drugih privrednih, strukovnih i poslovnih organizacija dozvoli privrednim subjektima da biraju čiji će član postati. Mogućnost da privredni subjekti odlučuju da li će biti članovi neke privredne komore i/ili druge poslovne asocijacije neodgovarajući je za primenu u domaćem privrednom sistemu, a već se pokazao kao neuspešan u zemljama iz okruženja koje su prelazile iz obaveznog u dobrovoljno članstvo. Danas, 2018. godine, skoro deceniju kasnije, sa sigurnošću se može reći da su neka rešenja iz 2009. godine bila kontraproduktivna u odnosu na stimulisanje privrednih subjekata da koriste svoje pravo da se organizuju i udružuju, kao i da koriste postojeću poslovnu infrastrukturu, koju komore stavljaju na raspolaganju svuda u svetu.

Drugim rečima, zakonodavac kao da u tom trenutku nije vodio računa da će određenim rešenjima iz 2009. godine stvoriti takav ambijent da se privredne i strukovne organizacije takmiče čime bi se dodatno razjedinili predstavnici privrede, jer će svaka organizacija štititi i promovisati isključivo sopstvene interese, a da će u toj utakmici ispaštati jedino privreda. Drugim rečima, sa koncepta zastupanja privrede prešlo se na koncept lobiranja. Privredne komore su na neki način postale lobističke grupe i konsalting kuće, koje se bore isključivo za članstvo, a u isto vreme konkurišu svojim članovima. Isto tako, predlagač ovih rešenja nije vodio računa i nije uzeo u obzir da privredni subjekti nemaju dovoljno ni resursa, ni vremena, ni znanja da se bave aktivnostima od kojih interesa ima šira poslovna

zajednica, ali ni informacija kako bi uporedili sve mogućnosti koje im omogućava pripadanje raznim poslovnim asocijacijama. Ovako organizovane i usitnjene privredne komore sa limitiranim članstvom neće imati dovoljan uticaj na kreiranje privrednog ambijenta, što je osnovni motiv udruživanja. Tako na primer, može se desiti da se finansijski moćni privredni subjekti udruže i da kroz "svoju komoru" lobiraju isključivo za sopstvene interese i monopol na tržištu pri čemu ne vodi računa o interesima drugih privrednih subjekata, što za posledicu može imati da se drugi privredni subjekti stave u nepovoljan i podređen položaj, bez ikakve prilike i mogućnosti da odlučuju o određenim segmentima svog poslovanja. Tako je u privredi nastala konfuzija koja je dodatno stvorila sumnju u najlegitimniji sistem privrednog organizovanja u svetu, a to su privredne komore.

Poseban paradoks predstavlja odredba da komora prati postojanje konkurencije na tržištu u pogledu privrednih grana (član 10. stav 1. alineja 13.), a da istovremeno postupa konkuretski u odnosu na članove, ali i druge poslovne organizacije i asocijacije.

Zakonskim rešenjima iz 2009. nedvosmisleno je urušen i sistem regionalnih privrednih komora koje sada Privredna komora Srbije pokušava da uzdigne u cilju stvaranja jedinstvenog komorskog sistema.

Zakon o privrednim komorama – 2015. godina i početak modernizacije komorskog sistema

Donošenju važećeg Zakona o privrednim komorama[11] (u daljem tekstu: Novi zakon) prethodilo je formiranje radnog tima za modernizaciju i unapređenje rada komorskog sistema Republike Srbije[12]. Pored predstavnika komorskog sistema članovi radnog tima bili su i direktor Delegacije nemačke privrede u RS; predstavnik Privredne komore Austrije i predstavnik GIZ projekta.

Radni tim imao je zadatak da utvrdi sledeće: predloge za modernizaciju i unapređenje rada komorskog sistema Republike Srbije; polazne osnove za pripremu Privredne komore Srbije za uvođenje dualnog sistema obrazovanja i polazne osnove za novi Zakon o privrednim komorama.

[11] "Službeni glasnik RS", br. 112/2015.

[12] Odluka o obrazovanju radnog tima za modernizaciju i unapređenje rada komorskog sistema RS.

Polazna osnova za izradu novog zakona su snažne ekonomije (Nemačka, Austrija), odnosno jaki snažan komorski sistem u Austriji. Radni tim nije mogao detaljno i kompletno preslikati ovaj komorski sistem, već je koncept njihovog organizovanja prilagodio potrebama privrede Republike Srbije.

Neka od osnovnih načela jedinstvenog komorskog sistema Republike Srbije su: zastupanje interesa celokupne privrede prema državi i prema međunarodnim institucijama; mogućnost učestvovanja u kreiranju zakona i podzakonskih akata neophodnih za poslovanje privrede; najznačajnija asocijacija privrede; podrška privrednicima u svakodnevnom poslovanju; pružanje kvalitetnog servisa privredi; unapređenje poslovanja i poboljšanje privrednog ambijenta; promocija i stimulisanje (povećanje) izvoza kroz povezivanje naših privrednika sa privrednicima iz drugih zemalja kroz poslovne forume, B2B susrete, ali i druge događaje (sajmovi, Dani dobavljača i sl.); internacionalizacija; edukacija.

Cilj modernizacije komorskog sistema Republike Srbije bio je ujedinjenje i koordinisano delovanje komorskog sistema koji bi bio efikasniji i jeftiniji za privredu. Regionalne privredne komore (njih 20) funkcionisale su same za sebe, organizacija nije bila usklađena, članarina nije bila identična i postavljalo se pitanje da li tako izolovane i tako organizovane mogu funkcionalano da zastupaju interese svojih regiona (postojale su situacije gde je jedan privredni subjekt plaćao članarinu regionalnoj, autonomnoj i nacionalnoj privrednoj komori). Privreda je sa punim pravom očekivala, a na kraju i dobila, jedinstvenu organizaciju, jednu članarinu i jedinstvene usluge koje će imati u jedinstvenom komorskom sistemu.

Zakonodavac paralelno sa jačanjem i ulogom moderne države prepoznaje potrebe privrede, privredne aktivnosti i privredna kretanja i svesno dopušta Privrednoj komori Srbije da usmerava i proaktivno deluje na privredni razvoj Republike Srbije. Paralaleno sa ovim bilo je potrebno vratiti ugled i poverenje u najstariju asocijaciju privrede - instituciju Privredne komore Srbije.

Konačni cilj modernizacije komorskog sistema Republike Srbije je izgradnja jedinstvenog komorskog sistema koji će biti u funkciji jačanja privrede i stvaranja dinamičnog i otvorenog privrednog i poslovnog ambijenta.

Zakon o privrednim komorama počeo je da se primenjuje od 1. januara 2017. godine. Zakonom je propisano da svi privredni subjekti u Republici Srbiji, koji obavljaju registrovanu poslovnu delatnost na teritoriji Republike Srbije, jesu članovi Privredne komore Srbije.

Novi zakon u članu 2. propisao je i definisao privredne komore kao "*interesne, poslovno-stručne i neprofitne organizacije privrednih subjekata koje povezuje zajednički poslovni interes, u cilju usklađivanja i zastupanja interesa članova i podsticanja privrednih aktivnosti*".

Za razliku od prethodnog Zakona o privrednim komorama[13], gde je propisano da su privredne komore "interesne, samostalne i poslovno-stručne organizacije privrednih društava, preduzetnika i drugih oblika organizovanja koji obavljaju privrednu delatnost i koje povezuje zajednički poslovni interes na određenom području ili teritoriji u Republici Srbiji" novim zakonom nije propisana samostalnost privrednih komora, koja se odnosi pre svega na regionalne komore, ali i komoru glavnog grada. Dakle, razlika je u tome što je zakonodavac definisao Privrednu komoru Srbije kao samostalnu i nezavisnu u svom radu, a istovremeno je propisao da su regionalne komore i komora glavnog grada organizovane i obrazovane kao organizacioni delovi Privredne komore Srbije.

Aktuelno zakonsko rešenje propisuje da u Republici Srbiji postoji Privredna komora Srbije i privredne komore autonomnih pokrajina (sa svojstvom pravnog lica), kao i ugovorne privredne komore. (odredbe čl. 3–6).

Naime, prema prethodnom zakonskom rešenju iz 2001. godine, obavezno članstvo se zasnivalo na izdvajanju od 0,1 do 0,25 % (odsto) od bruto zarade zaposlenih, a samim tim takav način obračuna predstavljao je veliki trošak za privredu. Kao deo modernizacije izvršena je racionalizacija poslovanja svih komora (smanjeni troškovi) pa je to otvorilo mogućnost za smanjenje članarine. Član 33. novog zakona propisuje jedinstvenu članarinu Privredne komore Srbije kao jedan od načela modernog komorskog sistema. Jedinstvena članarina predstavlja nameru predstavnika privrede i zakonodavca da se ne optereti privreda i predstavlja pozitivni pomak u približavanju Komore i privrede. U prilog tome govori i stav 3. navedenog člana koji propisuje da novoosnovani privredni subjekti ne plaćaju članarinu Privrednoj komori Srbije prvih godina od dana osnivanja, kao i podatak da će privrednici ubuduće plaćati simbolične iznose i osetno manje novčane iznose Privrednoj komori Srbije, jer će se voditi računa o ekonomskom pokazatelju (poslovnom prihodu), odnosno poslovanju članova.

Prethodna zakonska rešenja nisu propisivala i definisala pitanje imovine Komora. Jedna od novina u novom zakonu je i pitanje imovine Komora (član 17.). Prema tom članu, privredne komore sa svojstvom pravnog lica imaju svoju

[13] "Službeni glasnik RS", br. 65/2001, 36/2009 i 99/2011 – dr. zakon).

imovinu koju čini pravo svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima, udeli i akcije u privrednim društvima, pravo industrijske svojine, potraživanja i druga imovinska prava. Prema zakonskoj odredbi privredne komore slobodno upravljaju, koriste i raspolažu svojom imovinom, u skladu sa zakonom i osnivačkim aktom, odnosno statutom.

Organizacijom i organima Privredne komore Srbije i Privrednih komora autonomnih pokrajina upravljaju članovi preko svojih predstavnika u njihovim organima u skladu sa statutom i ravnomernom zastupljenošću interesa privrede (čl. 20–29).

Organi Privredne komore Srbije i Privrednih komora autonomnih pokrajina su: Skupština, Upravni odbor, Nadzorni odbor i predsednik. S razlikom da Privredna komora Srbije ima i potpredsednike i generalnog sekretara.

Organi regionalnih privrednih komora i privredne komore glavnog grada su parlament privrednika i direktor.

Od posebnih tela za rešavanje sporova pri Privrednoj komori Srbije obrazuju se Sud časti i Arbitraža. Novo zakonsko rešenje predviđa umesto Spoljnotrgovinske arbitraže i Stalnog izabranog suda propisuje da se pri Privrednoj komori Srbije obrazuje jedna arbitražna institucija.

Novi zakon omogućio je Privrednoj komori Srbiji moćan uticaj na državne organe Republike Srbije kroz pravo da dostavlja mišljenje na sve predloge zakona iz te oblasti, kao i da kreira i dostavlja Vladi Republike Srbije "kvartalne analize primene propisa od značaja za privredu" kao jedan od novih načina komunikacije između Privredne komore Srbije i Vlade Republike Srbije.

Takođe, novim zakonom privreda, odnosno privrednici, imaju sve veći uticaj na razvoj i kreiranje poslovnog ambijenta, ekonomsku politiku i druge aktivnosti od značaja za svoje poslovanje.

Od glavnih aktivnosti na modernizaciji jedinstvenog komorskog sistema prošlo je više od godinu dana, a u međuvremenu Privredna komora Srbije uspešno se uključila u regionalne integracije, međukomorske projekte i naišla na široko prihvatanje njenog novog pristupa od strane asocijacije evropskih komora (Eurochambres) što predstavlja svojevrsno priznanje i potvrdu da je Privredna komora Srbije na pravom putu.

Savremene privredne komore kroz istoriju pa sve do današnjeg dana prihvatale su i učestvovale u svim društveno-ekonomskim procesima svojih zemalja i tako na posredan način priznale veoma značajnu ulogu moderne države[14].

ZAKLJUČAK

Zakon o privrednim komorama[15] omogućio je jedinstvenom komorskom sistemu da Privredna komora Srbije bude: generator privrednih reformi, epicentar privrednih susreta, ravnopravni partner Vladi RS, zastupnik svih grana privrede i svih privrednih subjekata, a da regionalne privredne komore i komora glavnog grada rukovode regionalnim razvojem i budu nosilac privredne aktivnosti u svojim regionima. Na taj način bi se uspostavila prava veza između Komore i njenih članova.

Modernizacija jedinstvenog komorskog sistema predstavlja proces koji nije moguće zaustaviti, jer Privredna komora Srbije postaje moderna institucija u skladu sa evropskim i tržišnim vrednostima.

Na kraju, sa sigurnošću se može reći da moderna Privredna komora Srbije nije želja, već potreba, jer efikasan komorski sistem u svim modernim ekonomijama jedan je od odlučujućih činilaca usmeravanja privrednog napretka i omogućavanja stvaranja prosperitetne poslovne klime i ambijenta.

MILAN S. ČUKIĆ
Senior advisor, Chamber of Commerce

THE CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY OF SERBIA

Summary

The Chamber of Commerce and Industry of Serbia was founded in 1857 in Belgrade, by the act of Prince Aleksandar Karađorđević - "*Ustrojenije Trgovačkog odbora u Beogradu*". The distinction of the chambers based on public and private law lies in the manner of functioning and organi-

[14] Dr Aleksandar Spasić, "*Privredne komore*", 1971, Beograd.

[15] "Službeni glasnik RS", br. 112/2015.

zation. Whether they are founded by public or private law, chambers of commerce share a unique goal - representation and protection of the common interests of the entire economy, all departments and economic entities in the territory they cover.

This analysis presents a comparative overview of the legal solutions provided by the Law on Chambers of Commerce in 2001 when membership was mandatory; the 2009 Law attempt to abolish the mandatory and introduce voluntary membership by the legislator, as well as allowing the establishment of new chambers to create an environment where the chambers are no longer only participants, but also market competition between both themselves and the enterprises, and, finally, the analysis copes with the modernization of the chamber system and the necessity of the country's economy for the adoption of a new law in 2015.

VLADIMIR ČOLOVIĆ

OPŠTI I POSEBNI USLOVI OSIGURANJA KAO SASTAVNI DEO UGOVORA O OSIGURANJU

U V O D

Činjenica je da su opšti i posebni uslovi sastavni deo ugovora o osiguranju, ali da li su ti uslovi uslov punovažnosti i postojanja ugovora o osiguranju, predstavlja jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja, uopšte, u oblasti ugovornog prava osiguranja.

Naime, da li ti uslovi omogućavaju zaključenje i izvršenje, pa, samim tim, i postojanje ugovora o osiguranju, odnosno, da li su oni neophodni za definisanje prava i obaveza stranaka u tom ugovoru. Naveli smo, u naslovu, da su ovi akti sastavni deo ugovora. Nismo naveli da su uslov punovažnosti, kao ni uslov zaključenja ugovora o osiguranju, jer se ugovor o osiguranju smatra zaključenim, kada je ponuda za zaključenje osiguranja prihvaćena.

Međutim, opšti i posebni uslovi predstavljaju element ugovora o osiguranju, bez kojih on ne bi mogao da postoji. Naime, oni predstavljaju sadržinu ugovora o osiguranju i sa njima ugovarač osiguranja mora biti upoznat, odnosno, osiguravač ih mora predati ugovaraču osiguranja prilikom zaključenja ugovora o osiguranju.

Prof. dr Vladimir Čolović, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

U Zakonu o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)[1] nije posvećena posebna odredba opštim i posebnim uslovima osiguranja, dok je Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije (dalje: GZ)[2] posvetio pažnju istim, definišući ih na opšti način i predstavljajući ih kao sastavni deo ugovora o osiguranju.

Da bi mogli da govorimo o opštim i posebnim uslovima osiguranja, kao sastavnom delu ugovora o osiguranju, moramo se osvrnuti na nekoliko pitanja od važnosti, kako za status opštih i posebnih uslova osiguranja, tako i za status samog ugovora o osiguranju. Ta pitanja su sledeća:

1. Šta predstavljaju opšti uslovi, a šta posebni i kakav je njihov odnos? Treba reći da opšti uslovi osiguranja predstavljaju opšte uslove poslovanja jednog osiguravajućeg društva u vezi sa obavljanjem konkretne delatnosti osiguranja. Isto tako, bitno je odrediti i status posebnih uslova u odnosu na opšte, odnosno, da li posebni uslovi mogu da ostupaju od opštih uslova.

2. Kad je ugovor o osiguranju zaključen i da li je potrebno ispunjenje forme za njegovo zaključenje?

3. Da li je od uticaja vrsta osiguranja na status opštih uslova osiguranja u odnosu na ugovor o osiguranju? Kad govorimo o vrsti osiguranja, mislimo, pre svega na razliku između dobrovoljnog u obaveznog osiguranja. Naime, naročito kod obaveznog osiguranja, ugovor o osiguranju predstavlja ugovor po pristupu, odnosno, adhezioni ugovor. Kad govorimo o ugovorima koji imaju tu karakteristiku, moramo jasno odrediti i ulogu opštih uslova prilikom zaključenja istih.

Osim o navedenim pitanjima, govorićemo i o definisanju opštih i posebnih uslova u GZ, kao i o definisanju zaključenja ugovora o osiguranju u nemačkom zakonodavstvu, a osvrnućemo se i na Evropsko ugovorno pravo osiguranja.

OPŠTI I POSEBNI USLOVI OSIGURANJA KAO OPŠTI USLOVI POSLOVANJA

Da bi mogli da definišemo opšte uslove osiguranja, potrebno je da posvetimo pažnju opštim uslovima poslovanja, pod kojima podrazumevamo ugovore koji su spremni za zaključenje. Opšti uslovi poslovanja predstavljaju listu ugovor-

---

Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ,* br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl. list SRJ,* br. 31/93, *Sl. list SCG,* br. 1/2003 – Ustavna povelja.

[2] Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, tekst preuzet: http://www.kopaonik-school.org/gradjanski_zakonik.html, preuzeto: 20.07.2018.

nih klauzula, bilo da su sastavni deo ugovora ili se na njih pozivaju stranke u ugovoru. Najvažnija karakteristika opštih uslova poslovanja je njihovo pismeno i jednako formulisanje.

Inače, opšti uslovi poslovanja su, u praksi, sve manje adhezioni ugovori, iako slabija ugovorna strana, uglavnom, bezuslovno prihvata te uslove. Ali, tada postoje određeni mehanizmi koji mogu da smanje ili uklone razliku između jače i slabije ugovorne strane u ugovoru. Tada govorimo o sistemu zaštite potrošača[3], u koje spadaju i osiguranici. Opšti uslovi poslovanja ne dovode u pitanje postojanje najbitnijih načela ugovornog odnosa.

No, ono što predstavlja osnovno pitanje kod ugovora koji su zaključeni uz prihvatanje opštih uslova poslovanja, odnosi se na postojanje zajedničke volje ugovornih strana, odnosno, da li je ta volja ograničena. Naravno, o ograničenoj volji govorimo, samo, kad je u pitanju jedna ugovorna strana. Ali, mora se reći da, ovde, ipak ne dolazi do prinudnog prihvatanja navedenih uslova. Kod zaključenja ugovora primenom opštih uslova poslovanja dolazi, najčešće, na taj način da ugovorna strana prihvata te uslove kao sastavni deo ugovora. Ukoliko ugovorne strane utvrde posebne ugovorne klauzule, one imaju prednost nad opštim uslovima poslovanja. Ako su ti uslovi nejasni, tada će se one tumačiti u korist one ugovorne strane koja je slabija, odnosno, koja nije učestvovala u njihovom sastavljanju[4].

Opšti uslovi poslovanja, sami po sebi, ne čine ugovor, odnosno, obrazac ugovora, već se radi o jednom formularu na koji se pozivaju ugovorne strane. U okviru delatnosti osiguranja, zaključenje ugovora, prihvatanjem unapred formulisanih opštih uslova, koje definiše samo jedna ugovorna strana, postalo je pravilo kod više vrsta osiguranja.

Koji je cilj ovakvog načina zaključenja ugovora o osiguranju? Taj cilj je višestruk, ali se svodi na potrebu ubrzanja postupka zaključenja ugovora, zatim, smanjenje troškova postupka zaključenja ugovora, unifikaciju rizika koji su sastavni deo ugovora o osiguranju, itd. Pomoću unapred pripremljenih formulara izbegavaju se pregovori oko sadržaja ugovora, što je od izuzetnog značaja, kada je reč o slučajevima u kojima se zaključuje veći broj ugovora gotovo jednake sadržine.

Postoji nejednakost između ugovornih strana, a što je posledica strukture ugovora, kojom je izražena velika prednost lica koje je sastavilo ugovor u odno-

[3] B. Matijević, *Osiguranje (menadžment-ekonomija-pravo)*, Zadar 2010, 289

[4] B. Matijević, 290.

su prema drugoj strani[5]. Samim tim, jedna ugovorna strana može nametnuti drugoj nepovoljne ugovorne odredbe, kojima se umanjuju ili isključuju prava, koja su sadržana u dispozitivnim propisima. Tada je, na neki način, narušena ugovorna ravnoteža[6].

Sadržaj svih ugovora, pa tako i opštih uslova, izložen je kontroli na osnovu opštih pravila o ništavosti ugovora, jer njihove odredbe ne smeju da budu u suprotnosti sa prinudnim propisima[7]. I pored takvih opštih ograničenja ugovorne slobode stranaka, radi dodatne zaštite slabije ugovorne strane koja pristupa ugovoru, na osnovu unapred utvrđenih opštih uslova, druge, jače ugovorne strane, opšte pravilo o ništavosti ugovora dodatno je konkretizovano odredbama člana 143. ZOO. Zbog toga što opšti uslovi važe za sve i što se po svom značaju približavaju opštim propisima, u odnosu na njih i na ugovore koji se, na osnovu njih, zaključuju, jače je izražen javni interes za njihovom kontrolom, nego što je to slučaj sa drugim ugovorima, čiju sadržinu stranke zajedno sporazumno utvrđuju.

Ta kontrola se, u stvari, odnosi na odredbe opštih uslova, na koje druga ugovorna strana nije mogla da utiče. Tada govorimo o nepoštenim odrebama. Po nekim opštim kriterijumima, nepoštena ugovorna odredba je ona, o kojoj se nisu pojedinačno vodili pregovori, ako ona, suprotno načelu savesnosti i poštenja, prouzrokuje nejednakost u pravima i obavezama ugovornih strana[8]. Nije bitno da li su stranke zaista pregovarale, već da je postojala faktička mogućnost da stranke pregovaraju o pojedinim elementima ugovora. Znači, prilikom ocene određene odredbe opštih uslova, uopšte, moraju se uzimati u obzir sve okolnosti pre i u vreme zaključenja ugovora, pravna priroda ugovora, vrsta robe ili usluge (osiguranja) koja je predmet činidbe, kao i ostale odredbe tog ugovora, kao i odredbe drugog ugovora sa kojim je ta odredba povezana[9].

---

[5] S. Šimac, "Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta iz ugovora o kasko osiguranju motornog vozila - Smije li nemogućnost predočenja prometne dozvole ukradenog vozila predstavljati zapreku za isplatu osigurnine?" *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) v. 28, br. 1, 2007, 3.

[6] S. Šimac, 4.

[7] Član 103 ZOO.

[8] A. Pošćić, "Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 43, 2/2006, Split 2006, 168.

[9] M.Baretić, Nepoštene ugovorne odredbe, sl. 4, https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Nepostene_ugovorne_odredbe[3].pptx.,preuzeto: 21.07.2018.

Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača[10].

Opšti uslovi osiguranja kao uslov za obavljanje delatnosti od strane osiguravajućeg društva

Obzirom da su opšti uslovi osiguranja opšti uslovi poslovanja osiguravajućeg društva , moramo reći da su ti akti neophodni za osnivanje društva, kao i statut, opšti akti, godišnji plan poslovanja, kao i drugi akti poslovne politike. Ne smemo zaboraviti ni tarife premija. Zakonodavac u svakoj državi mora da detaljno uredi navedene uslove osnivanja osiguravajućih društava. Bez ovih akata, osiguravajuće društvo ne bi moglo da egzistira[11].

Kad je u pitanju kontrola opštih uslova osiguranja, ona može biti izvršena na dva načina: prilikom donošenja tih uslova i prilikom primene istih. Kod donošenja opštih uslova, državni organ daje odobrenje ili saglasnost za primenu opštih uslova. Ovaj način kntrole je kod nas, inače, napušten. Kontrola opštih uslova prilikom njihove primene bliža je ugovornom karakteru tih uslova. Naime, ovde se kontrola od strane nadležnog državnog organa vrši, tek, prilikom spora, kada sud ispituje da li su oni u skladu sa zakonom i javnim poretkom ili ne[12].

ZAKLJUČENJE UGOVORA O OSIGURANJU

Zaključenje ugovora o osiguranju ćemo analizirati, pre svega, sa stanovišta odredaba ZOO. Kad je u pitanju GZ, njegove odredbe definišu da je ugovor o osiguranju zaključen kad ponudilac primi izjavu ponuđenog o prihvatu ponude[13]. No, data je i alternativa[14], koja bi bila prihvatljivija, a koja predstavlja odredbu koja je definisana i u ZOO.

---

[10] M. Baretić, sl. 6.

[11] V. Čolović, *Osiguravajuća društva*, Beograd 2010., 49.

[12] P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd 2005, 57.

[13] Član 1400, st. 1 GZ.

[14] Član 1401, alternativa.

Naime, po ZOO, ugovor o osiguranju je zaključen kada stranke potpišu polisu osiguranja ili list pokrića[15]. Sadržinu polise ZOO definiše na uobičajen način, odnosno, u njoj moraju biti navedeni svi podaci bitni za definisanje ugovora o osiguranju. Polisa osiguranja može biti privremeno zamenjena listom pokrića u koju se unose bitni sastojci ugovora. ZOO jasno određuje da je osiguravač dužan da upozori ugovarača osiguranja da su opšti i posebni uslovi osiguranja sastavni deo ugovora, kao i da mu preda njihov tekst, ako ti uslovi nisu štampani na samoj polisi. Izvršenje obaveze iz prethodnog stava mora biti konstatovano na polisi[16]. Osnovna obaveza osiguravača da obavesti drugu stranu o elementima ugovora o osiguranju, praktično se svodi na blagovremenu predaju opštih uslova osiguranja. Od predaje tih uslova zavisi i obaveza osiguravača nakon nastupanja osiguranog slučaja.

Osim predaje opštih uslova osiguraniku i obaveštavanja o najvažnijim elementima ugovora o osiguranju, veoma je bitno da osiguranik ima pravo i da jednostrane raskine ugovor o osiguranju. Time se omogućava osiguraniku da ima dodatni vremenski period, nakon zaključenja ugovora, u kome on može, dodatno, da razmisli da li želi da ostane obavezan ugovorom. Oni mogu da raskinu ugovor bez navođenja razloga.

Međutim, jednostrani raskid ugovora je u suprotnosti sa načelom *pacta sunt servanda*, iako on štiti osiguranika kao potrošača i pruža još jednu mogućnost da osiguranik odustane od ugovora[17]. Ovde možemo govoriti i o pravima osiguravača, vraćanju cele ili dela premije, dejstvima ugovora, eventualnom osiguranom slučaju, koji može nastati u periodu od zaključenja ugovora i njegovog stupanja na snagu do jednostranog raskida.

ZOO definiše i zaštitu ugovornih strana. Naime, po odredbama ovog Zakona, sud može da odbije primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje su štetne za jednu od ugovornih strana, odnosno, koje su suprotne načelu uzajamnih davanja. Radi se o primeni člana 143. ZOO kojom je propisano da sud može da odbije primenu pojedinih odredbi opštih uslova. Ova odredba ZOO utvrđuje određena posebna pravila o tumačenju formularnih ugovora koji sadrže opšte uslove poslovanja, za razliku od onih redovnih pravila o tumačenju ugovora iz članova 99–102

[15] Član 901, st. 1 ZOO.

[16] Član 902, st. 1–5 ZOO.

[17] A. Keglević, "Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), v. 34, br. 1, Rijeka 2013., 219.

ZOO. Ta posebna pravila ZOO je doneo, zbog omogućavanja kontrole pravnih dejstava opšth uslova u vreme njihove primene, a ne u vreme njihovog prethodnog definisanja. Odredba člana 143 ZOO uspostavlja jednakost uzajamnih davanja iz dvostranoobaveznih ugovora, ali istovremeno, omogućava i održavanje ugovora na snazi.

U vezi sa opštim uslovima osiguranja, moramo pomenuti i član 142 ZOO. Odredba ovog člana određuje kad su opšti uslovi punovažni. Oni su punovažni, kada predstavljaju sadržinu ugovora o osiguranju ili se nalaze na njegovoj poleđini, odnosno, kada se u nekoj ugovornoj odredbi poziva na njih. Zatim, oni moraju biti objavljeni na uobičajeni način, u nekoj publikaciji ponuđača, u štampi, itd. Takođe, oni ponuđenom moraju biti poznati u času zaključenja ugovora.

Najzad, ako se ne slažu opšti i posebni uslovi, primenjivaće se posebni uslovi[18]. Iz ove odredbe možemo zaključiti, da opšti uslovi moraju biti dostupni i poznati da bi mogli da govorimo o valjanosti ugovora o osiguranju. Sam potpis na ugovoru ili na polisi, dokaz je da je druga ugovorna strana – ugovarač osiguranja, osiguranik, upoznat sa tim uslovima, odnosno, da su mu predati. Opšti i posebni uslovi su vezani samo za ugovarača osiguranja, odnosno, osiguranika. S obzirom da se u odnosu osiguranja može pojaviti i treće oštećeno lice, koje nije učestvovalo u zaključenju ugovora (kao npr., kod osiguranja od odgovornosti), postavlja se pitanje da li to lice može isticati kroz prigovor, činjenicu da opšti uslovi nisu predati ugovaraču i da on može ostvarivati, zbog toga, veća prava u odnosu na prava koja su definisana u tim uslovima. Naravno da ne.

Cilj i svrha ugovora u vezi sa statusom i primenom opštih uslova

Kad govorimo o ugovorima, uopšte, govorimo i o ispitivanju cilja i svrhe ugovora. Ali, ne možemo ta dva pojma da poistovetimo. Naime, osnovni pravni cilj ili kauzu, stranke žele da postignu zaključenjem ugovora. Svrha, sa druge strane, obuhvata i sve druge okolnosti koje su do važnosti za zaključenje ugovora. ZOO ne definiše pojam "svrha" ugovora. Ipak, mi ga možemo definisati kao subjektivni element koji su stranke imale na umu kod zaključenja ugovora.

Ispitivanje i cilja i svrhe ugovora je otežano kod ugovora koji su zaključeni na osnovu opštih uslova, s obzirom da se, tada, ne radi o pojedinačnom pregova-

[18] S. Šimac, 4.

ranju i zajedničkom formulisanju teksta konkretnog ugovora, već, naprotiv, o jednostranom sastavljanju opštih uslova jedne ugovorne strane, kojima druga ugovorna strana može samo da pristupi. Zbog toga je sud, u ovakvim slučajevima, dužan da utvrdi pojedinačnu volju stranaka kojom su se one rukovodile, sa jedne strane, kod sastavljanja opštih uslova, a sa druge strane, kod pristupanja opštim uslovima, ali i da ocenjuje da li su ti opšti uslovi u skladu sa onim ciljem koji bi prosečno lice želelo da postigne zaključenjem takvog ugovora[19].

Zloupotreba prava je zabranjena, tj. svako korišćenje subjektivnog prava koje predstavlja zloupotrebu povlači za sobom ništavost svih akata. Ako ovakav pojam zloupotrebe prava uporedimo sa pravilom po kome su ništave klauzule opštih uslova ugovora koje su protivne svrsi, dakle, cilju ugovora, nalazimo isti *ratio legis*, odnosno, istu fundamentalnu ideju pravičnosti. Može se reći kako je pravilo iz člana 143 ZOO, kroz vezivanje važnosti opštih uslova uz saglasnost sa svrhom ugovora, na određeni način konkretizacija načela zabrane zloupotrebe prava u ovoj materiji. Kao što se prilikom vršenja bilo kog subjektivnog prava mora voditi računa o cilju zbog kojeg je to pravo priznato, tako se prilikom sastavljanja opštih uslova mora voditi računa o cilju koji stranke imaju pred sobom prilikom zaključenja ugovora.

Nesporno načelo dispozitivnosti daje pravo strankama da urede ugovorne odnose, onako, kako one to smatraju potrebnim, ali ne daje im i pravo da idu preko onoga što treba da predstavlja zajednički i objektivni cilj kome se teži. Zato, čak ni pristanak strane koja pristupa opštim uslovima ne može isključiti primenu ovog opšteg načela koje traži da se poštuju unutrašnja ograničenja subjektivnog prava[20].

U pravnoj teoriji u zapadnim zemljama stvorio se termin koji bi kod nas bio teško prevodiv, odnosno, radi se o "relationship contract"[21], koji bi kod nas mogao da se prevede kao ugovor koji stvara specifične odnose između dve stranke. Ugovor o osiguranju jeste takav ugovor, jer sa jedne strane imamo lice koje osigurava nečiji rizik, odnosno, njegov, eventulani, gubitak imovine, a sa druge strane to lice plaća određeni iznos za to. Međutim, njhov odnos je nejednak. Ugovor o osiguranju je najbolji primer ovakvih ugovora, imajući u vidu da stavar odnos za-

[19] S. Šimac, 6.

[20] S. Šimac, 8.

[21] Jay M. Feinman, The Insurance Relationship as Relational Contract and the "Fairly Debatable" Rule for the First-Party Bad Faith, San Diego Law Review, vol 46 553, 2009, 556.

visnosti, pogotovo kad je taj ugovor zaključen na osnovu opštih uslova koje je sastavila jedna od tih ugovornih strana[22].

DEFINISANJE OPŠTIH I POSEBNIH USLOVA OSIGURANJA U GZ

Kao i ZOO, i GZ definiše obavezu upoznavanja osiguranika sa opštim uslovima osiguranja i predaju tih uslova osiguraniku[23]. Naime, osiguravač je dužan da informiše osiguranika da su opšti i posebni uslovi osiguranja sastavni deo ugovora, kao i da mu ih preda, ukoliko oni nisu štampani na samoj polisi. Izvršenje ove obaveze mora da bude konstatovano na polisi. Ako osiguravač ne preda uslove osiguranja osiguraniku, tada će se smatrati da je ugovor zaključen na osnovu elemenata sadržanih u polisi bez isključenja i ograničenja pokrića koji su, inače, sadržani u uslovima osiguranja, kao i da osiguranik za navedeno nije znao ili je kao savesno lice morao znati. Upravo ova odredba govori o važnosti opštih uslova osiguranja za postojanje i izvršenje ugovora o osiguranju, imajući u vidu da će se primenjivati drugačije odredbe od onih koje su, inače, predviđene za određenu vrstu osiguranja. Time se štiti osiguranik, ali se odstupa od pravila koja se primenjuju na određenu vrstu osiguranja.

Takođe, GZ definiše opšte i posebne uslove osiguranja. Naime, po GZ, oni su sastavni delovi ugovora o osiguranju i moraju da sadrže potpunu informaciju o događajima na osnovu kojih nastaje obaveza osiguravača na isplatu naknade iz osiguranja i o slučajevima u kojima je njegova obaveza isključena ili ograničena. Zatim, oni moraju da sadrže način određivanja visine naknade iz osiguranja, zatim rok ispunjenja obaveze osiguravača, uslove plaćanja premije i posledice zbog neplaćanja ili neurednog plaćanja premije.

Zatim, obavezu prijavljivanja okolnosti od značaja za ocenu rizika pre i posle zaključenja ugovora, obaveze osiguranika nakon nastanka osiguranog slučaja i njegovo dokazivanje, prava ugovornih strana na izmenu i otkaz ugovora, mesnu nadležnost suda, itd. Isto tako, nadležni organ koji vrši kontrolu delatnosti osiguranja može da proširi ili smanji broj obaveznih elemenata koje opšti i posebni uslovi osiguranja moraju da sadrže, zavisno od vrste osiguranja i svojstva ugovornih strana[24]. Ovaj deo odredbe je problematičan ili formulacija nije "naj-

[22] 557.

[23] Član 1411, st. 1 GZ.

[24] Član 1410 GZ.

srećnije" definisana. Naime, trebalo bi da opšta pravila vezana za određenu vrstu osiguranja određuju sadržinu opštih uslova, dok posebni uslovi predstavljaju izraz autonomije volje stranaka, koja, ipak, mora biti ograničena, opštim pravilima u ovoj oblasti. Ako osiguravač u toku trajanja osiguranja, izmeni opšte uslove ili premijski sistem, on je dužan da o tome obavesti ugovarača, najkasnije mesec dana pre isteka tekućeg perioda. Ako ugovarač osiguranja u roku od trideset dana od dana dobijanja obaveštenja o izmenama, ne otkaže ugovor o osiguranju, izmenjeni uslovi i premijski sistem će se primenjivati na početku narednog perioda osiguranja. Ako, pak, otkaže ugovor, onda će se smatrati da ugovor ističe istekom tekućeg perioda osiguranja[25]. Inače, po našem mišljenju, u okviru ove odredbe trebalo bi dodati stav koji bi glasio:"Izmena opštih uslova osiguranja i premijskog sistema ne može uticati na već zaključeni ugovor o osiguranju, odnosno, tekući period osiguranja, osim ako se stranke ne saglase o tome". To bi jasnije odredilo odnos osiguravača i ugovarača osiguranja, kao i status opštih uslova koji predstavljaju sadržinu ugovora, ali, tek, kad se stranke saglase o tome.

Sadržina odredbe o informisanju osiguranika u nemačkom Zakonu o ugovorima o osiguranju

U nemačkom Zakonu o ugovorima o osiguranju[26] se određuje da je osiguravač obavezan da dostavi blagovremeno osiguraniku, pre nego što osiguranik da saglasnost za zaključenje ugovora, u tekstualnoj formi, opšte uslove ugovora o osiguranju, kao i druge informacije u skladu sa Uredbom o obavezi davanja informacija kod ugovora o osiguranju[27], a što se odnosi na pojedinosti u vezi sa ugovorom, koje se odnose na osiguravača, naknadi osiguranja, opštim uslovima osiguranja, postojanju prava opoziva, zatim na informacije koje se odnose u vezi sa životnim osiguranjem, kao što su informacije o obračunu naknade iz osiguranja, modelima naknade, itd., kao i na informacije koje se tiču zdravstvenog osiguranja. Naravno, te informacije se odnose i na slučajeve kad se ugovor zaključuje te-

[25] Član 1412 GZ.

[26] Gesetz über den Versicherungsvertrag – VVG, Zakon o ugovorima o osiguranju Nemačke, 23.11.2007. (Sav.sl. glasnik I, str. 2631), izmene i dopune u skladu sa čl. 2 Zakona od 20.09.2013. (Sav.sl.glasnik I sr. 3642), izmene i dopune u skladu sa čl. 15 od 17.08.2017. (Sav. sl. glasnik I, sr. 3214); po S.Đorđević, D. Samardžić, *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom Zakona* (VVG), Beograd, 2014.

[27] Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen (VVG-Informationspflichten – VVG Info) vom 18 Dezember 2007, BGBl. I S 3004.

lefonski, kao i na način samog dostavljanja tih informacija, odnosno, načina obaveštavanja[28]. Iz ove odredbe nemačkog Zakona o ugovorima o osiguranju vidi se da je definisana obaveza osiguravača da upozna osiguranika sa svim činjenicama vezanim za sadržinu ugovora, pre nego što dođe do saglasnosti za zaključenje, što govori da upoznavanje sa opštim uslovima osiguranja predstavlja neophodan korak ka zaključenju ugovora. Znači, bez obzira da li je, u međuvremenu, osiguravač izmenio deo opštih uslova osiguranja ili su se stranke dogovorile o nekim elementima ugovorima koji predstavljaju posebne uslove, reći ćemo da je obaveštavanje osiguranika od strane osiguravača o najvažnijim elementima ugovora, neophodan uslov da bi osiguranik pristao na zaključenje ugovora o osiguranju.

OPŠTI USLOVI OSIGURANJA I UGOVORI O OBAVEZNOM OSIGURANJU

Ugovori koji se odnose na obavezna osiguranja se, po pojedinim karakteristikama, razlikuje od ugovora koji se odnosi na dobrovoljna osiguranja, ne samo kad je u pitanju neophodnost njihovog zaključenja, čime se ostvaruju neka druga prava, već i kada govorimo o predmetu osiguranja, načinu njihovog zaključenja, ali i statusu opštih uslova osiguranja. Ipak, kad govorimo o ovim ugovorima, mislimo, pre svega, na osiguranja od odgovornosti u saobraćaju.

Naime, osiguravač je dužan da zaključi ugovor o obaveznom osiguranju u skladu sa uslovima osiguranja i tarifama premija koji su na snazi u vreme zaključenja tog ugovora. U vezi sa tim, osiguravač ne može odbiti ponudu za zaključenje ugovora o obaveznom osiguranju, ako ugovarač osiguranja prihvata uslove osiguranja i tarifu premija društva za odnosnu vrstu osiguranja koji važe u vreme dostavljanja ponude za zaključenje ugovora o osiguranju[29]. Veoma je bitno odrediti i početak dejstva ugovora o obaveznom osiguranju. Obaveza osiguravača iz ovog ugovora počinje po isteku dvadeset četvrtog časa dana, koji je u ispravi o osiguranju naveden kao početak osiguranja, a prestaje po isteku dvadeset četvrtog časa dana koji je u ispravi o osiguranju naveden kao dan isteka trajanja osiguranja, ako nije drugačije ugovoreno[30].

[28] Par. 7 Zakona o ugovorima o osiguranju Nemačke.

[29] Z. Petrović, V. Čolović, N. Mrvić-Petrović, *Obavezna osiguranja u saobraćaju i naknada štete*, Beograd 2010, 17.

[30] *Ibidem.*

U svakom slučaju, kod ugovora o obaveznom osiguranju, opšti uslovi imaju "jasniji" status u odnosu na druge ugovore o osiguranju, imajući u vidu da ovde, sa jedne strane, postoji obaveza za ugovarača osiguranja da zaključi ovaj ugovor, ali, s druge strane, i obaveza osiguravača da postupi po unapred utvrđenim opštim uslovima, ako su oni prihvaćeni od strane ugovarača. Osim toga, ovi ugovori su primer da se opšti uslovi prihvataju bez utvrđivanja posebnih uslova zbog same vrste ugovora o osiguranju i načina zaključenja istih.

ODNOS OPŠTIH I POSEBNIH USLOVA I ULOGA POLISE OSIGURANJA U ZAKLJUČENJU UGOVORA

Veoma često se ugovor o osiguranju ne zaključuje u posebnoj formi, odnosno, formi ugovora. Od same vrste osiguranja zavisi, da li će se posebno potpisati ugovor o osiguranju, pored postojanja polise. Potpis na polisi osiguraja znači da je ugovor o osiguranju zaključen, tj., da su prihvaćeni opšti i posebni uslovi osiguranja. Polisa je pismeno koje osiguravač izdaje osiguraniku i u koju su uneti svi važniji elementi ugovora o osiguranju, a često i niz pravila koja regulišu odnos osiguranja, a koja je osiguravač jednostrano utvrdio i osiguranik prihvatio[31]. Međutim, ona ima i određene nedostatke.

Ako imamo u vidu odnos opštih i posebnih uslova, onda posebni uslovi moraju biti tačno navedeni. Ako nije zaključen poseban ugovor o osiguranju, znači da bi polisa morala da sadrži sve elemente koje su sastavni deo posebnih uslova. Sa druge strane, kad su u pitanju opšti uslovi, ova definicija navodi da polisa često sadrži i niz pravila koja predstavljaju opšte uslove. Naime, opšti uslovi moraju se u celini prihvatiti od strane obe ugovorne strane, s tim, što one mogu utvrditi i neka posebna pravila koja predstavljaju posebne uslove.

Moramo imati u vidu da posebni uslovi osiguranja predstavljaju ugovorne odredbe o kojima strane pregovaraju prilikom zaključenja ugovora. To su uslovi polise. Te odredbe se odnose na rizik od koga se osigurava, stvari ili lica koja se osiguravaju, imena ugovarača ili osiguranika, sumu osiguranja, premiju i sl. Posebne uslove prihvata osiguranik po svom izboru u okviru ponude koju priprema osiguravač[32]. Ugovorne strane mogu i da odstupe od opštih uslova u celini ili

[31] V. Jovanović., *Osiguranje u privredi*, Zagreb 1962, 78.

[32] P. Šulejić, 53.

delimično. Ako odstupe od opštih uslova, to neće značiti da je ugovor nepunovažan[33].

Čim se mogu utvrditi posebni uslovi koji će važiti samo za konkretan ugovor, autonomija volje nije potpuno ugrožena. Naime, ugovarač može da utiče da se opšti uslovi primenjuju u izmenjenom obliku, što se mora konstatovati u polisi[34]. Pojedini autori kažu da se tada zaključuje poseban ugovor koji ima veću pravnu snagu od opštih i posebnih uslova[35]. Ne bi mogli sa tim da se, u potpunosti, složimo, imajući u vidu da, u takvom slučaju, dolazi do definisanja posebnih uslova koji su sastavni deo ugovora o osiguranju.

Dalje, ti autori se pozivaju na na član 902., st. 5 ZOO, u kome se kaže da se u slučaju neslaganja neke odredbe opštih i posebnih uslova i neke odredbe polise osiguranja primenjuju odredbe polise[36]. Ako se vratimo na definiciju posebnih uslova, videćemo da se odredbe tih uslova nalaze na polisi. Ako odredbe polise drugačije definišemo, onda moramo odgovoriti na pitanje šta su posebni uslovi i gde se nalaze. Činjenica je da polisu treba razlikovati od ugovora o osiguranju, ali polisa mora biti u saglasnosti sa ugovorom o osiguranju.

PRINCIPI EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA OSIGURANJA I ZAKLJUČENJE UGOVORA O OSIGURANJU

Principi Evropskog ugovornog prava osiguranja definišu obaveze stranaka pre zaključenja ugovora o osiguranju, odnosno, obaveze u toku pregovora, a to su: - obaveza osiguravača da dostavi upitnik ugovaraču o osiguranju, dok je ugovarač osiguranja obavezan da odgovori na sva pitanja, odnosno, ugovarač osiguranja je u obavezi da saopšti sve relavntne činjenice vezane za predmet osiguranja[37]. Definicija ugovora o osiguranju, po ovim principima, svodi se na određivanje obaveza ugovornih strana – osiguravača i ugovarača osiguranja, s tim što se, dalje, uređuje i obaveza osiguravača da dostavi dokumenta ugovaraču osiguranja iz kojih će se on upoznati sa uslovima osiguranja i drugim informacijama, vezanim, pre sve-

[33] P. Šulejić, 54.

[34] D. Mrkšić, Z.Petrović, K.Ivančević, *Pravo osiguranja*, Novi Sad 2006, 46.

[35] *Ibidem.*

[36] D. Mrkšić, Z. Petrović, K.Ivančević, 46.

[37] O.J. Luik, Do the Principles of European Insurance Contract Law Go Too Far in Protecting the Policyholder? http://www.juridicainternational.eu/?id=14838, preuzeto: 01.08.2018.

ga, za osiguravača[38], itd. Isto tako posvećuju se odredbe i obavezi obaveštavanja o elementima vezanim za pokrivanje rizika[39], itd.

Nije u svim nacionalnim zakonodavstvima ugovor o osiguranju definisan na opšti način. Definicija koja je prihvaćena u EUPO govori o prihvatanju opštih pravila vezanih za obaveze osiguravača i ugovarača osiguranja. Naime, po ovim pravilima, ugovor o osiguranju je takav ugovor u kome jedna ugovorna strana, osiguravač, obezbeđuje drugoj ugovornoj strani ugovaraču osiguranja, pokriće od tačno od određenih rizika u zamenu za premiju osiguranja koju plaća ugovarač osiguranja. Obaveze stranaka se, po navedenom, svode na transfer rizika od strane ugovarača osiguranja ka osiguravaču, kao i na plaćanje premije osiguravaču od strane ugovarača[40].

ZAKLJUČAK

Osiguranje predstavlja specifičnu delatnost koja zahteva definisanje bitnih elemenata ugovora, kako bi se poštovala opšta pravila vezana za svaku vrstu osiguranja, kao i sam način zaključenja ugovora o osiguranju. Ta pravila se nalaze u opštim uslovima osiguranja, a ugovorne stranke su sloboden da definišu pojedine elemente u skladu sa predmetom osiguranja, rizikom koji se osigurava, specifičnosti vezane za osiguranika, itd. Od definisanja posebnih uslova zavisiće i visina premije osiguranja. Ugovor o osiguranju se zaključuje prihvatom ponude. No, dokaz da je ugovor zaključen predstavlja potpis na ugovoru ili polisi, odnosno, listu pokrića.

U svakom slučaju, opšte uslove sastavlja osiguravač, pretpostavljeno jača strana u ugovoru. Ugovarač osiguranja može, ali i ne mora prihvatiti te uslove. Sigurno je da osiguravač mora da uskladi te uslove sa opštim pravilima, kako bi, uopšte, mogao da obavlja delatnost osiguranja. Autonomija volje nije u potpunosti ugrožena, kako smo rekli, imajući u vidu da i jedna i druga strana odlučuju da li će se ugovor zaključiti, a pojedine vrste ugovora o osiguranju (pre svega, obavezna), kao i pojedine vrste osiguranja, zahtevaju postojanje unapred definisanih

[38] Art. 2:201 Principa Evropskog ugovornog prava.

[39] Art. 2:202, 2:203 Principa Evropskog ugovornog prava.

[40] *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, prepared by the project Group Restatement of the European Insurance Contract Law established by Fritz Reichert, sellier.european law publishers, 2009, 49.

pravila koja će predstavlati sadržinu ugovora, imajući u vidu potrebe, ne samo, tržišta osiguranja, već i funkcionisanje pravnog sistema, uopšte.

VLADIMIR ČOLOVIĆ, Ph.D.,
Principal Research Fellow, Institute
of Comparative Law, Belgrade

GENERAL AND SPECIAL INSURANCE CONDITIONS AS A INTEGRAL PART OF THE INSURANCE CONTRACT

Summary

General and special insurance conditions are an integral part of the insurance contract. These conditions are different depending on the type of insurance. The insurer is obliged to inform the policyholder with general conditions, and the parties, when concluding the insurance contract, define the special conditions. The basic questions raised in this paper refer to the status of general and special insurance conditions in relation to the insurance contract, then, to the moment of conclusion of the insurance contract, as well as the obligation to inform the policyholder with general and special conditions of insurance by the insurer , that is, the obligation to submit these conditions in written form. The author has paid attention to the provisions of the Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia regarding general and special conditions of insurance, and also refers to regulating the conclusion of the insurance contract in the Act on Obligations of Serbia and in German legislation.

JOVAN SLAVNIĆ

DIREKTIVA EU O DISTRIBUCIJI OSIGURANJA

– Olakšava ili otežava prodaju osiguranja –

MERILA ZA ODREĐIVANJE

Stupanjem na snagu 1 oktobra 2018. godine nacionalnih propisa država članica EU donetim radi primena Direktive 2016/97 Skuptine i Saveta Evrope od 20 januara 2016. godine o distribuciji osiguranja započela je da se odvija sledeća / druga, posle primene u nacionalnim pravima ovih država Direktive 2009/138/EZ Skupštine i Saveta Evrope od 25 decembra 2009. godine o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II), najznačajnija reforma u delatnosti osiguranja u poslednjih dvadeset godina.[1] Ova direktiva (u tekstu koji sledi: DOO ili Direktiva), koja se često prevodi i u praksi osiguranja i doktrini naziva Direktivom o prodaji osiguranja, druga je po vremenu donošenja direkti-

Dr Jovan Slavnić, profesor Univerziteta u Novom Sadu; počasni predsednik Udruženja za pravo osiguranja Srbije (AIDA Serbia).

[1] Na predlog Evropske komisije početak primene DDO (čl. 42) pomeren je sa 23 februara 2018. godine na 1 oktobar 2018. A to znači i datum primene nacionalnih propisa država članica koji su do tog dana već bili doneti radi primene ove Direktive ((Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Direkctive (EU) 2016/97 as regards the date of application of Member States transposition measures, *European Commission,* Brussels, 20.12.2017, COM(2017)792. Available at: https//ec.europa.eu/info/la/better-regulation/initiatives/com-2017-792_en. list visit on 1 February 2018)) .

va u komunitarnom pravu kojom je regulisan minimum ujednačenih pravila za prodaju osiguranju, a po predmetu regulisanja je prva kojom se reguliše prodaja svih vrsta proizvoda osiguranja i od strane svih distributera osiguranja (društava za osiguranje i posrednika osiguranja, pod kojima se podrazumevaju zastupnici / agenti i brokeri osiguranja).[2] Pre nje doneta je Direktiva o posredovanju u osiguranju iz 2002. godine (dalje: DPO).[3] Ovom direktivom nisu bila obuhvaćena minimalna ujednačena pravila o prodaja investicionih proizvoda osiguranja, unakrsna prodaja osiguranja i direktna prodaja osiguranja preko društava za osiguranje.

Na reformski značaj DDO u pogledu prodaje osiguranja upućuju ciljevi zbog kojih je ona doneta, od kojih su pojedini više puta ekspilicitno istaknuti u preambuli, kao što je poboljšanje zaštite interesa potrošača (preambula br. 19, 43...), čiji se jedan od elemenata/modaliteta ispoljavanja u uspostavljanju efikasne zaštita potrošača od mogućih zloupotreba distributera prilikom prodaje osiguranja (preambula br. 21). Još više na reformski značaj ukazuju u Direktivi novoustanovljene obaveze za distributere, npr. one koje ima distributer prilikom unakrsne prodaje (čl. 24) ili povodom ustanovljenja, vođenja i proveravanja postupka kojim se odobrava za prodaju svaki poroizvod osiguranja (čl. 25), ali i nova pravila o informisanju potrošača (čl. 18 i 19) i nova pravila o savetovanju potrošača (čl. 20) koja su na restriktivan i nedovoljno transparentan način bila regulisana za posrednike u DPO.

Neki od posebnih ciljeva donošenja DDO ustanovljenih u preambuli i apostrofiranih u doktrini, pored onog koji se ispoljava u podizanju na viši nivo zaštite potrošača, jesu: proširenje područja primena DDO na prodaju svih vrsta proizvoda osiguranja (preambula br. 7), ujednačenje uslova za prodaju osiguranja potrošačima i obezbeđenje efikasne zaštite potrošača bez obzira na kanal prodaje / distribucije osiguranja i stim u vezi da se ojača poljuljano poverenje potrošača, inicirano posledicama protekle i aktuelne finansijske krize, u sve kanale prodaje, podizanje na viši stupanj integracije unutrašnjeg tržišta osiguranja u EU (preambla br. 10 i 16) i izbegavanje ili osujećenje slučajeva zloupotreba distribu-

[2] Directiv (EU) 2016/97 of the Eureopen Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (IDD), *Official Journal of the European Union,* L26, 02.02.2016, 19-59.

[3] Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation (IMD), *Official Journal of the European Union,* L9, 05.01.2003, 3-10.

tera pri prodaji osiguranja, među kojim je najteži oblik nepoštena prodaja osiguranja (preambula br. 44).

Odgovor na temu rada da li DDO olakšava ili otežava prodaju osiguranja, ili recipročno posmatrano u pravnom odnosu prodaje, kupovinu osiguranja od strane potrošača, treba, čini se, posmatrati u kontekstu ostvarivanja ovih ciljeva koji su uslovili / bili razlog ili opravdanje za izmene DPO i donošenje DDO.[4] U smislu da ako su u normativnom delu Direktive ti ciljevi oživotvoreni da se može smatrati da je ova Direktiva olakšala prodaju osiguranja. I *vice versa.* To objašanjava zbog čega smo na ovom mestu, u uvodnom izlaganju rada, učinili osvrt na neke ciljeve koje je komunitarni zakonodavac imao u vidu i ustanovio da se moraju ostvariti donošenjem DDO koji, po našem mišljenju, ako su ostvareni mogu da nas približe odgovoru na pitanje da li DDO olakšava ili otežava prodaju osiguranja.

Međutim, ovo merilo je samo posredni pokazatelj uspeha Direktive u olakšanju, odnosno otežanju prodaje osiguranja. Zbog toga što se ovi ciljevi realizuju ustanovljenjem odgovarajućih obaveza za distributere prilikom prodaje osiguranja i jer one čine sredstva kojima se rečeni ciljevi ostvaruju, odgovor na pitanje da li DDO olakšava ili otežava prodaju osiguranja, što na obligaciono-pravnom planu znači olakoćavanje ili ometanje da se efikasno zaključuju ugovori o osiguranju, u kom značenju mi razumemo naslov teme ovog rada, ključno zavisi od procene / merila koliko tome doprinose odredbe Direktive kojima se uređuju obaveze distributera u obavljanju poslova distribucije osiguranja. One su normirane u delu Direktive u kome su uređena opšta pravila poslovanja distributera prema potrošačima, sistematizovana u Poglavlju V: "Uslovi informisanja i pravila poslovnog ponašanja". Obuhvaćena su u čl. 17-25 koji se odnose na prodaju svih vrsta proizvoda osiguranja. A u pogledu proizvoda osiguranja sa investicionom komponentom, one obaveze koje su normirane u Poglavlju VI: "Dopunski uslovi u pogledu (prodaje - J. S.) investicionih proizvoda osiguranja" (čl. 26-30). To su pra-

[4] Napomenimo da smo se mi opredelili za pojam olakšanja, odnosno otežanja prodaje zbog toga što DDO za pravni odnos distributera i potrošača / klijenta povodom zaključenja ugovora o osiguranju koristi termin prodaja osiguranja / prodaja proizvoda osiguranja, ali i zato što naš Zakon o obligacionim odnosima prilikom regulisanja ugovora obligacionog prava ne koristi termin kupovina ili kupoprodaja, kao što je to slučaj u nekim nacionalnim pravima, već termin prodaja (čl. 454-526). (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).

vila koja se, prema svojoj pravnoj prirodi, mogu primenjivati samo u odnosima između distributera i potrošača jer se njima, kao što smo videli, uređuju obaveze distributera prema potrošačima / kupcima osiguranja kod prodaje proizvoda osiguranja. Za njihovo označavanje u Direktivi se koristi jedan pojam koji ima upitno pravno-tehničko značenje - pravila poslovanja distributera osiguranja (peambula br. 43).

Pimenom pravila poslovanja distributera ostvaruje se glavni cilj Direktive - da se poboljša zaštita potrošača prilikom kupoprodaje proizvoda osiguranja. Svi ostali napred pomenuti ciljevi Direktive u istoj su funkciji (podizanja na viši nivo zaštite interesa potrošača prilikom kupovine osiguranja). Oni su supsumirani u ovom vrhovnom cilju Direktive i deo / elementi su njegove sadržine. To je razlog zbog ćega napred u radu nismo pominjali neke druge ciljeve Direktive, koji, takođe, ali na indirektan način, posredstvom odgovarajućih obaveza koje su ustanovljene ovom Direktivom za distributere i kojima se oni (ciljevi) operacionalizuju, posredno utiču na dobijanje odgovora na pitanje postavljeno u naslovu ovog rada. Na primer, obaveze koje se tiču uslova stručnosti koje distributeri i zaposleni u društvima za osiguranje moraju ispunjavati da bi primereno / kvalifikovano mogli obavljati svoje dužnosti u prodaji osiguranja (čl. 10-16, u Poglavljlu IV: "Organizacioni uslovi").

Neke obaveza kojima se olakšava, odnosno sprečava da se oteža prodaja osiguranja ustanovljene su i za države članice. To su, npr. odredbe o obavezi država članica da obezbede distributerima slobodu pružanja usluga u prodaji osiguranja i slobodu osnivanja podružnice ili drugog organzacionog oblika poslovanja u drugoj državi članici. Regulisane su u Poglavlju III: "Sloboda pružanja usluga i sloboda poslovnog nastanka" (čl. 4-9).[5]

[5] Na ovom mestu prikladno je primetiti da pravni okvir DDO za regulisanje u nacionalnim pravima distribucije osiguranja čine pored pravila iz Poglavlja III (čl. 4-9) i Poglavlja IV (čl. 10-16), pomenuta opšta pravila poslovanja distributera osiguranja iz Poglavlja V (čl. 17-25) i pravila iz Poglavlja VI u kome se ustanovljavaju dopunski uslovi za prodaju invesicionih proizvoda osiguranja (čl. 26-30). Zatim, odredbe Poglavlja I u kojima je regulisano područje primene Direktive i date su definicije (značenje pojmova koje koristi direktiva) (čl. 1 i 2). Uslovi za upis u registar distributera normirani su u Poglavlja II (čl. 3), a u Poglavlju VII administrativne i druge mere koje se primenjuju prema distributerima zbog povreda pravila iz prethodno pomenutih poglavlja (čl. 31-35). Završne odredbe obuhvataju poslednje Poglavlje VIII - čl. 37-44). Direktiva ima i Aneks u kome su, saglasno čl. 10, propisani minimalno stručno zanje i uslovi stručnosti za obavljanje distribucije polisa.

Ipak, do kvalifikovanog / meritornog odgovora na postavljeno pitanje smatramo da se može doći jedino ako obaveze koje ustanovljava Direktiva za distribute u domenu pravila poslovanja distributera osiguranja kod prodaje osiguranja posmatramo u sinergiji sa ojačanjem zaštite interesa potrošača kao vrhovnim ciljem koji je komunitarni zakonodavac ustanovi kao razlog njenog donošenja. On nije bio dostignut u DPO i bio je, kao što smo rekli, osnovni razlog za donošenje DDO. To će reći, da samo ukoliko sadržina ustanovljenih obaveza za distributere u Direktivi u poglavljima koja se odnose na pravila poslovanja distributera obezbeđuju da se čim više postiže / doseže najviši mogući nivo zaštite interesa potrošača prilikom kupovine osiguranja može se oceniti da je Direktiva olakšala prodaju osiguranja.[6]

S obzirom na najbližu direktnu povezanost sa temom našeg rada, u nastavku rada mi ćemo stoga analizirati pravila Direktive o poslovanju distributera u prodaji osiguranju iz Poglavlja V i Poglavlja VI i na njima u zajedničkoj funkciji / sinergiji sa ciljem zbog koga su ona ustanovljena pokušati da dođemo do što potpunijeg odgovora na pitanje da li Direktiva olakšava ili otežava prodaju osiguranja.[7] I ako je odgovor da olakšava, u kojim fazama zaključenja ugovora o osiguranju i u kom smislu. Prilikom ove analize, budući da je u Srbiji u toku donošenje Građanskog zakonika, čiji je Radni tekst Nacrta objavljen 29 maja 2015, dakle, pre objavljivanja DDO, u kome su obuhvaćene odredbe o zaključenju, i uopšte o ugovoru o osiguranju i određene obaveze zastupnika osiguranja, zavisnih i vezanih za društva za osiguranje kod prodaje osiguranja, nećemo moći da izbegnemo a da se u radu ne osvrnemo na pitanje koliko odredbe ovog projekta (ne)korespondiraju sa obavezama koje je za prodavce osiguranja ustanovila DDO.[8]

---

[6] To još nije dovoljno za ovu ocenu. Da bi se rečeno ostvarilo, potrebno je da države članice dosledno sprovedu ova područja regulisanja DDO u svoja nacionalna zakonodavstva i da rigorozno kontrolišu primenu pomenutih obaveza distributera osiguranja. To je uslov *sine qua non.* On se podrazumeva, a ovde se pominje radi potpunosti izlaganja.

[7] Jedno od mogućih merila da bi došli do željenog odgovor na pitanje koje je predmet ispitivanja u našem radu je i da li Direktiva kroz obaveze koje ustanovljava za distributere tehnički posmatrano ubrzava ili usporava prodaju osiguranja / zaključenje ugovora o osiguranju? Čini bržim i jednostavnijim ovaj postupak. Da li i koliko ovo merilo utiče na odgovor na naše pitanje, koje nije bez značaja, posebno za distributere osiguranja i ekonomiju njihovog poslovanja, dobićemo implicitan odgovor nakon ispitivanja merila koje smo mi prihvatili (kvalitet uređenih obaveza distributera ustanovljenih pravilima poslovanja za distributere u Direktivi i njihov uticaj na ostvarenje postavljenog cilja Direktive da se njom ojača zaštita interesa potrošaća osiguranja).

[8] Radni tekst Nacrta GZ Republike Srbije je objavljenu časopisu Pravni život, br. 5-6/2016.

PRAVILA POSLOVANJA ZA SVE VRSTE POIZVODA

Opšti princip u obavljanju poslova distribucije osiguranja (Poglavlje V, čl. 17).- Direktivom se prvi put u komunitarnom pravu ustanovlja i uzdiže na nivo glavnog načela u pravu distribucije osiguranja načelo da distributeri u obavljanju (svih) poslova distribucije osiguranja moraju / imaju obavezu da postupaju pošteno, korektno i profesionalna u skladu sa najboljim interesom potrošača (čl. 17, st. 1). Zahvaljujući u Direktivi ustanovljenom cilju tog načela - da se pošteno, korektno i profesionalno postupanje distributera u obavljanju poslova distribucije, kako onih koji nastaju prilikom zaključenja i ispunjenja obaveza i vršenju prava iz ugovornog odnosa distributera sa potrošačem ustanovljenih u nacionalnom obligacionom pravu, tako i ispunjenju obaveza ustanovljenih za distributera sprovođenjem Direktive u nacionalna prava, mora procenjivati prema tome da li je ono bilo u najboljem interesu potrošača - dobijen je jedan kvalitetan i objektivan instrument / kriterijum za kontrolu nad distributerima ispravnosti i zakonitosti u obavljanju poslova distribucije osiguranja.

Pri ovoj oceni nije, dakle, dovoljno usloviti postojanje ispravnosti / zakonitosti u obavljanju poslova distributera posredstvom ispitivanja poštenog, korektnog / savestnog ili pravičnog i profesionalnog postupanja distributera u obavljanju poslova distribucije, izvan merila da je ono / pošteno, korektno i profesionalno uz to bilo u najboljem interesu klijenta. Jer, samo tako, u svom jedinstvu obaveza, moraju se ponašati distributeri, s obzirom na to da u pravnom životu pošteno, korektno i profesionalno ponašanje distributera ne mora uvek biti i u najboljem interesu potrošača.

Značaj ustanovljenja ovog načela je, pre svega, u tome što se primenom korektivne funkcije ovog načela, slično toj funkciji načela savesnosti i poštenja koja poznaju kontinentalna nacionalna obligaciona prava, može modifikovati u primeni ili tumačenju svako pravilo u nacionalnom distributivnom pravu, ustanovljeno zakonom ili ugovorom, o obavezama i pravima distributera kada nije u sladu sa njim.

Međutim, pošto nacionalna obligaciona prava ne uslovljavaju da u zaključivanju ugovora, ispunjavanju obaveza i vršenju prava iz ugovora savesno i pošteno postupanje jedne strane u ovom odnosu mora imati za cilj / obezbediti postizanju najboljeg interesa druge strane u tom odnosu, neophodno je da u sprovođenju Direktive u nacionalna prava država članica kao i u naše pravo, da se na području

prava distribucije osiguranja načelo savesnosti i poštenja usaglasi sa čl. 17/1 tako što će se formulisati u jedno jedinstveno opšte načelo poštenog, korektnog / savesnog i profesionalnom postupanja disributera, zatim, ustanoviti cilj poštenog, korektnog i profesionalnog postupanja distributera kao u Direktivi i njegova primena proširi na sve druge poslove, odnosno obaveze koje ima distributer u obavljanju distribucije osiguranja.

Kada se ispituje funkcija načela iz st. 1, čl. 17 Direktive, kao što je to slučaj i sa sličnim, načelom savesnosti i poštenja nacionalnog obligacionog prava, potrebno je istaći da ono treba da posluži i u slučajevima potrebe za kreiranjem nedostajućih pravnih normi za regulisanje odnosa distributera prema potrošaču u obavljanju poslova za potrošača. Funkcija popunjavanja pravnih praznina korišćenjem navedenog načela naročito će doći do izražaja u domenu formulisanja sporednih obaveza za distributera prema potrošaču kojima se doprinosi potpunom ili pravilnom ispunjenju glavnih obaveza koje ima distributer prema potrošaču / klijentu iz ugovora koje je sa njim zaključio radi distribucije osiguranja kada one nisu uređene u izvorima prava kojima se regulišu ugovorni odnosi distributera i klijenta ili su one nepotpuno regulisane.

Širok prostor za primenu ove (regulatorne) funkcije načela iz čl. 17/1 DDO izrazito postoji u primeru Srbije, u čijem pravu posrednički ugovori o osiguranju kao neimenovani ugovori ostavljaju veliki prazan pravni prostor za formulisanje na osnovu razmatranog načela Direktive i glavnih i sporednih obaveza posrednika osiguranja pema potrošaču / klijentu. [9]

Na ovom mestu osvrnućemo se još samo na preostala dva elementa opšteg načela DDO iz člana 17 obuhvaćenih u st. 2 i st. 3. Šire i razmatranje ostalih aspekata pomenutog načela, osobito onog elementa koji je obuhvačen u st. 1, u ovom radu je suvišno jer smo mi o njemu neodavno detaljno pisali i o njegovoj prime-

[9] U našem pravu ugovor o zastupanju u osiguranju nezavisnih zastupnika od društava za osiguranje nije uopšte regulisan, ugovor vezanih zastupnika fragmentarno u Zakonu o obligacionimm odnosma (čl. 906) i Radnom tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije (čl. 1418), a ugovor o nalogu za brokersko posredovanje u osiguranju je u Zakonu o osiguranju regulisan samo u pogledu pojedinih obaveza koje ima brokera prema klijentu, u čl. 94-95 (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 139/2014).

ni polemisali sa više autora koji su nakon ovjavljivanja Direktive već objavili svoje radove o njemu ili u vezi sa njim.[10] [11]

Jedan od elemenata pojma opšteg načela iz čl. 17/1 - poštenje Direktiva proširuje i na informisanje distributera u vezi sa predmetom ove Direktive i komunikaciju distributera u svrhu marketinga u st. 2, čl. 17, a u st. 3 ovog člana načelo iz st. 1 se konkretizuje na području nagrađivanja distributera. Direktiva ustanovljava, kao što ćemo kasnije videti, brojne dužnosti na obaveštavanje potrošača od strane distributera koje proističu u nekim slučajevima iz obaveza koje imaju distributeri u obavljanju poslova distribucije osiguranja koji nisu obligaciono-pravne po svojoj prirodi, ali kada se one dostavljaju, kao i informacije u vezi sa ugovornim odnosima, distributeri moraju postupati u skladu sa načelom iz čl. 17/2, a u izvršavanju obaveza koje prethode davanju ovih informacija prema st. 1 tog člana Direktive. To je, na primer, slučaj sa obavezom distributera da, primenjujući načelo iz čl. 17/1, preduzimaju i održavaju efikasne organizacione i administrativne mere radi sprečavanja sukoba interesa između njih (čl. 27), a da ukoliko organizacione i administrativne mere nisu dovoljne da se u razumnoj meri spreči rizik nastanka štete za potrošača zbog sukoba interesa između distributera da su oni dužni da ga pre zaključenja ugovora o osiguranju blagovremeno informišu o svojstvima i / ili izvorima njihovog sukoba interesa (čl. 28/1 i 2).

Način ovog obaveštavanja je ustanovljen, kao i za sve oblike informisanja klijenata u vezi sa predmetom Direktive u st. 2 ovog člana, uključujući one koje se šalju potrošačima ili potencijalnim potrošačima u svrhu maketinga. Ono mora da bude pošteno, jasno i da ne zbunjuje. A kada se radi o marketingu uvek mora da se naglasi ta svrha.

U fazi zaključenja ugovora o osiguranju, Direktiva propisuje obavezu za distributere koja ima za cilj da zaključeni ugovor o osiguranju odgovara najboljem interesu potrošača. Ona se odnosi na način određivanja naknade za rad distributera i u funkciji je preporuke distributera potrošaču za proizvod osiguranja koji odgovara njegovim zahtevima i potrebama. Istaknuta je u preambuli br. 46,

[10] Slavnić Jovan, Obaveza distributera osiguranja da u obavljanju poslova postupa pošteno, korektno i profesionalno, *Evropska revija za pravo osiguranja,* br. 2/2018, str. 8-27.

[11] Od domaćih autora o ovoj temi je do danas još samo objavio rad: Filipović Nikola, Načela poslovanja prema Direktivi o distribuciji osiguranja, članak u knjizi *"Pravo i praksa osiguranja - izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje"*, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, april 2018, str. 232-246.

a normativno je regulisana u čl. 17, st. 3. Prema toj odredbi distributer ne može da zaključuje sporazume (društva za osiguranje / osiguravači sa posrednicima i posrednici i osiguravači sa svojim zaposlenima) o nagradi, ciljevima prodaje ili nečem drugom što može da njemu ili njegovom zaposlenom služi kao podsticaj zbog kojeg bi potrošaču preporučio određeni proizvod osiguranja, u situaciji kada bi mogao da mu ponudi proizvod koji bolje odgovarao njegovim potrebama.

Dakle, ustanovljenjem u DDO ošteg načela iz čl. 17, s obzirom na funkcije koje se ostvaruju primenom st. 1 i predmetom regulisanja u st. 2 i 3, obezbeđen je najvažniji i najviši nivo na koji u toj Direktivi podignuta zaštita potrošača.

Nova pravila o obavezi informisanja potrošača pre zaključenja ugovora o osiguranju kojima se izbegava sukob interesa između posrednika i društva za osiguranje i obezbeđuje transparentnost poslovanja posrednika, informacijama koje daju pomoćni posrednici, izuzecima od obaveze saopštavanja i uslovima saopštavanja ovih informacija (Poglavlje V, čl. 18-19 i čl. 21-23).- Direktiva za razliku od DPO (čl. 12, st. 1, pod a-e) odvojeno reguliše u dva člana obavezu informisanja potrošača pre zaključenja ugovora o osiguranju o identitetu distributera od obaveze saopštavanja informacija kojima se utiče na ocenu potrošača o postojanju mogućeg sukoba interesa između posrednika i društva za osiguranje i one kojima se obezbeđuje transparentnost poslovanja distributera, a obaveza informisanja o identitetu proširuje na društvo za osiguranje.

Prvu grupu Direktiva naziva "Opštim informacijama" (čl. 18), a drugu normira pod naslovom "Sukob interesa i transparentnost" (čl. 19). Opšte informacije koje je dužan da blagovremeno pre zaključenja ugovora o osiguranju dostavi svaki distributer potrošaču su one koje je poznavala i DPO: o imenu i adresi, te da je distributer posrednik ili društvo za osiguranje, da li daje savet o proizvodima koje prodaje, o pravu porošača da uloži pritužbi na njegov rad i o postupcima i naknadama za vansudsko rešavanje pritužbi na rad (čl. 18). Novina je u DDO da pored ovih informacija o identitetu posrednik je dužan da informiše potrošača o registru u koji je upisan i načinu provere upisa u registar i da li radi za potrošača ili društvo za osiguranje.

Druga grupa informacija, koju je, takođe, bila predviđena u DPO, odnosi se na situaciju kada potrošač ugovor o osiguranju zaključuje preko posrednika osiguranja. Za obavezu posrednika na dostavljanje tih informacija se u DDO ne podvlači blagovremenost dostavljanja potrošaču pre zaključenja ugovora, ali

se ona podrazumeva s obzirom na značaj ovih informacija za procenu potrošača o mogućoj (ne)pristrasnosti posrednika, odnosno (ne)postojanju sukoba interesa između njega i društva za osiguranje, te za donošenje odluke potrošača o (ne)angažovanju posrednika. U red tih informacija koje je posrednik dužan da dostavi potrošaču koje su preuzete iz DPO ulazi: podatak ima li posrednik udeo, direktni ili indirektni, od 10% ili više od toga u pravu glasa ili kapitala u društvu za osiguranje sa kojim ugovor o osiguranju treba da se zaključi; i obrnuto da li takav udeo ima društvo za osiguranje kod posrednika preko koga potrošač treba da zaključi ugovor; da li, u vezi sa ugovorom čije je zaključenje predložio potrošaču ili mu je dao savet za kupovinu određenog proizvoda, savet daje na osnovu nepristrasne i lične analize ugovora o osiguranju, odnosno proizvoda osiguranja na tržištu; da li ima ugovornu obavezu da prodaje proizvode osiguranja, odnosno obavlja poslove distribucije sa jednim ili više društava za osiguranje, kada ima obavezu da potrošaču dostavi imena tih društava, a ako nije pod ovakvom ugovornom obavezom i ne daje savete na osnovu nepristrasne i lične analize, obavezu da obavesti potrošača o imenima društava sa kojima može da posluje i sa kojima posluje.

Novo pravilo u DDO je da je posrednik dužan da informiše potrošača o prirodi naknade koju prima za rad na zaključenju ugovora o osiguranju (na honorarnoj osnovi, tj. na obliku naknade koju plaća potrošač kada ga je posrednik dužan da obavesti o iznosu honorara, a ako to nije moguće o načinu izračunavanja honorara; na osnovu provizije bilo koje vrste uključene u premiju osiguranja; na osnovu bilo koje druge vrste naknade, odnosno ekonomske koristi; ili na osnovu kombinacije bilo koje od napred navedenih vrsta naknade).

Novo je i pravilo da države članice mogu ograničiti ili zabraniti distributerima prihvatanje ili primanje naknada, provizija ili drugih vrsta koristi od trećih lica ili osoba za račun trećeg lica u vezi sa distribucijom osiguranja. Ono je umesto u čl. 19 normarno u čl. 22, st. 3. A novina je i da ako ugovor o osiguranju potrošač zaključuje direktno sa društvom za osiguranje, društvo je dužno da ga informiše o prirodi naknade za rad koji primaju njegovi zaposleni. Ova nova pravila ustanovljena su u čl. 19 radi obezbeđenja transparentosti naknade koju plaća društvo za osiguranje zaposlenima. Upoznavanje potrošača sa ovde istaknutim novim informacijama koje je posrednik, odnosno društvo za osiguranje dužno da saopšti potrošaču pre zaključenja ugovora o osiguranju, izvesno je da na određeni viši stepen podiže nivo zaštite interesa potrošača. Na to izvesno utiče i novo pavilo u DDO iz čl. 21 o informacijama koje je dužan da dostavi potrošaču pomoćni /

neprofesionalni posrednik osiguranja definisan u čl. 2, tač. 4 ("Definicije"): o imenu i adresi, te da je neprofesionalni posrednik, registru u koji je upisan i načinu provere upisa u registar, o pravu potrošača da uloži pritužbi na njegov rad, o postupcima i naknadama za vansudsko rešavanju pritužbi na rad ovog posrednika i o prirodi naknade za rad koju prima od društva za osiguranje. S obzirom da je DDO direktiva minimalne harmonizacije države članice, kao i u ostalim područjima koje ona reguliše, mogu doneti strožije propise o informacijama koje distributeri moraju dostavljati potrošačima od onih koje su navedene u Poglavlju V.

Izuzeci u pogledu obaveze distributera na dostavljanje opštih informacija iz čl. 18 i oni kojima se obezbeđuje fleksibilnost u transparentnosti u poslovanju na prodaji osiguranja, koji su regulisani u čl. 19, u DDO su, u čl. 22, prošireni i na obavezu distributera na dostavljanje informacija potrošaču u vezi sa savetovanjem, o kojoj će biti više reči nešto kasnije. Ove informacije, kao što je to bilo predviđeno u čl. 12, st. 4 DPO za posrednike, distributeri ne moraju pružati kada sprovode poslove distribucije velikih rizika i u slučaju poslova distribucije u reosiguranju. U izuztake, uključena je i odredba, napoznata DPO, da se informacije o kojima je reč u članu 22, kod obaveznog strukovnog kolektivnog penzijskog osiguranja dostavljaju zaposlenom odmah nakon učlanjenja u predmetno osiguranje.

Pravila o uslovima za dostavljanje informacija premda tehničke prirode, mogu doprineti podizanju nivoa zaštite potrošača i jačanju njihove pravne sigurnosti prilikom kupovine proizvoda osiguranja. Zato im je u čl. 23 DOO posvećena znatno veća pažnja od DPO u kojoj su oni na lapidaran i generalni način regulisani u čl. 13 tako što je u njemu kratko propisano da se informacije koje se dostavljaju osiguranicima / kupcima, dostavljaju na papiru ili drugom trajnom mediju koji osiguranik može da koristi, na jasan i precizan način, razumljiv osiguraniku i na službenom jeziku države članice ili nekom drugom jeziku koje strane dogovore. U DDO osnovno pravilo za dostavljanje informacija potrošaču je papirno i besplatno informisanje, koje uz već pomenute uslove koje poznaje DPO u pogledu jasnoće, peciznosti i razumljivosti, mora biti dostavljeno na jeziku države članice u kojoj se nalazi osigurani rizik ili je nastala obaveza informisanja ili dogovorenom drugom jeziku između strana. Dostavljanje informacija na trajnom mediju koji nije papir ili putem internetske stranice potrošača može se izvršiti uz ispunjenje jednog opšteg uslova i niza posebnih uslova, već u zavisnosti na koji se od ova dva načina sprovodi. Ovde ćemo pomenuti samo taj generalni uslov (st.

6), dok se zbog ograničenosti prostora nećemo upuštati u posebne uslove (st. 5 i 6), niti nova pravila o informisanju kod telefonske prodaje (st. 7). On je da postoje dokazi da potrošač raspolaže redovnom pritistupu internetu, čemu je neoboriv dokaz ako distributer raspolaže adresom elektronske pošte koju mu je dostavio potrošač u svrhu poslovanja sa njim. Pomenućemo još da DDO ne pedviđa mogućnost usmenog saopštavanja informacija potrošaču kada to on zahteva ili kad je neophodno da odmah dobije pokriće (st. 3, čl. 13 DPO).

Dužnost informisanja potrošača i obaveze distributera kod unakrsne prodaje (Poglavlje V, čl. 24).- Unakrsna prodaja je ona kada se proizvod osiguranja prodaje sa nekim dodatnim proizvodom ili uslugom koji nisu osiguranje, kao deo paketa ili istog ugovora. Po prodaji ovakvih paketa, odnosno ugovora naročito su poznate banke, turističke agencije ili renta kar preduzeća koja uz osnovni ugovor iz svoje delatnosti nude potrošačima prodaju proizvoda osiguranja koji može, ali ne mora biti povezan sa tim osnovnim ugovorom. Kod ovih prodaja, distributer, u ovom slučaju banka, turistička agencija... koja je ovde pomoćni distributer, u obavezi je da obavesti potrošača da li je moguće odvojeno kupiti te različite proizvode. I ako je to moguće dostaviti mu prikladan opis sadržine svakog od ovih sastavnih delova paketa, odnosno istog ugovora. Ali u obavezi je da mu i zasebno dostavi dokaz o troškovima i naknadama koje se plaćaju za svaki od sastavnih delova paketa, odnosno istog ugovora (čl. 24, st. 1).

Dužnost distributera na dostavljanje potrošaču pomenute informacije i dokaza u korelaciji je sa njegovom obavezom da potrošaču omogući odvojenu kupovinu proizvoda ili usluge koji su deo istog paketa ili istog ugovora, onda kada proizvod osiguranja ima funkciju dodatka u odnosu na dobro ili uslugu koji nisu osiguranje. Povodom unakrsne prodaje treba napomenuti još da ako postoji mogućnost da se sastavni delovi paketa ili istog ugovora odvojeno kupe, a rizici ili pokriće koje pruža osiguranje koji proizilaze iz paketa ili ugovora koji je ponuđen potrošaču se razlikuju od onih povezanih sa pojedinim posebnim delovima paketa ili ugovora, da je distributer dužan da potrošaču dostavi opis različitih sastavnih delova paketa ili ugovora i obavesti ga na koji se način njihovom kombinacijom mogu izmenti ovi rizici ili pokrića (čl. 24, st. 2).[12]

[12] Proizvod osiguranja nije dodatak u odnosu na dobro ili uslugu ako se prodaje uz investicionu aktivnost ili uslugu definisanu u čl. 4, st. 1, tač. 2 Direktive 2014/65/EU o tržištu finansijskih instrumenata (SL L 173, 12.6.2014, str. 349), potrošačke kredite koji se odnose na stambene nekretnine definisane u čl. 4, st. 1, tač. 2 Direktive 2014/17/EU o ugovorima o potrošačkim kreditima koji

Sama činjenica da se ova pitanja unakrsne prodaje prvi put regulišu u komunitarnom pravu u DDO govore da je cilj njihovog regulisanja da se pomenutim informacijama i dokazima koje je disributer dužan da dostavi potrošaču, kao i obavezom distributera da kada je moguće omogući potrošaču kupovinu odvojeno različitih sastavnih delova paketa ili istog ugovora od kojih je jedan proizvod osiguranja, da se ovima utiče na kupovne odluke potrošača i da je cilj njihovog regulisanja bio da se zaštite interesi potrošača kod ove kupovine. Treba, međutim, primeti da Direktiva ne proširuje primenu uslova za dostavljanje informacija propisanih u čl. 23 na unakrsnu prodaju, što znači da ako to ne učine nacionalna zakonodavstva u njenoj primeni da se na njihovo dostavljanje imaju primeniti ispitana pravila o informisanju u čl. 17/2.

Obaveza distributera da odobri proizvode osiguranja i prilagodi postojeće proizvode osiguranja pre njihovog iznošenja na tržište i distribuciju potrošačima (Poglavlje V, čl. 25 "Nadzor nad proizvodima i obaveze uprave").- Ova nova, tek u DDO ustanovljena obaveza za distributere veoma je važna za potrošače jer obezbeđuje visoku zaštitu njihovih interesa još pre početka aktivnosti distributera sa reklamiranjem i prodajom proizvoda osiguranja tako što obuhvata osmišljavanje, odobravanja za prodaju i prema ustanovljenoj stategiji prodaju svih proizvoda osiguranja (bez i sa investicionom komponentom), novih ili prilagođenih postojećih proizvoda osiguranja, koji ispunjavaju zahteve i potrebe potrošača koji se nalaze na određenom ciljanom tržišta prethodno utvrđenih grupa potrošača.

Zatim, ona obuhvata dužnost za društvo za osiguranje da redovno proverava proizvode koje već nudi ili prodaje na tržištu da, uzimajući u obzir svaki događaj koji bi mogao značajno da utiče na potencijalni rizik za utvrđeno ciljno tržište, procenjuje koliko je proizvod i dalje prilagođen tom tržištu i da li je zamišljena stategija distribudije proizvoda i dalje primerena, te da ako dođe do negativne procene pristupi prilagođavanju proizvoda novim rizicima ciljnog tržišta, odnosno izmeni strategije distribucije.

Postupak odobrenja proizvoda obuhvata preciziranje ciljnog tržište za svaki proizvod, obezbeđenje procene svih relevantnih rizika za takvo utvrđeno ciljno tržište, ustanovljenje strategije distribucije svakog proizvoda koja je usklađena sa

---

se odnose na stambene kredite (SL L 60, 28.2.2014, str. 34) i otvaranje računa za plaćanje definisane u čl. 2, st. 3 Direktive 2014/92/EU o uporedivosti naknada povezanih sa računima za plaćanje, prebacivanju računa za plaćanje i pristupu računima za plaćanje sa osnovnim uslugama (SL L 257, 28.8.2014, str. 214) (v. čl. 24, st. 3 DDO).

utvrđenim ciljnim tržištem i preduzimanje razumnih mera kako bi se garantovalo da će se distribucija proizvoda obavljati na utvrđenom ciljnom tržištu.

Razmotrena obaveza ne odnosi se jedino na proizvode osiguranja koji uključuju osiguranje velikih rizika.[13]

Nova pravila o obavezi savetovanja potrošača i primeni standarda prodaje osiguranja ako se ne daju saveti (Poglavlje V, čl. 20).- Na prvi pogled, kada se upoređuju rešenja iz čl. 20 DDO i čl. 12, st. 3-5 DPO koje se odnose na obavezu savetovanja potrošača, stiče se utisak da su odredbe DDO relativizovale ovu obavezu u odnosu na DPO. Pre svega, zbog toga što je DDO ukinula obavezno savetovanja potrošača od strane posrednika pre zaključenja ugovora o osiguranju. Suprotno DPO, DDO je prepustila državama članicama da davanje saveta distributera potrošaču, učine obaveznim za prodaju svih proizvoda osiguranja ili samo određene vrste proizvoda (čl. 22, st. 2, alineja 3). Znači, *ad absurdum,* i za proizvode povezane sa osiguranjem velikih rizika koji su u DPO bili izuzeti iz obaveze davanja saveta. I da predvide u svom zakonodavstvu da distributer ima obavezu na davanje saveta samo kada potrošač zahteva savet, prepuste distributeru da li će i za koje proizvode davati savete, propišu pravo za potrošača da se odrekne saveta, ustanove za potrošača obavezu da snosi troškove savetovanja, predvide slučajeve kada se savet daje besplatno ili da prepuste distributerima da regulišu dužnost snošenja troškova davanja saveta, itd.[14] Ali, i da ako ustanove obavezu savetovanja da ovu obavezu imaju svi ili samo distributeri koji savet daju na osnovu korektne i lične analize dovoljno velikog broja ugovora o osiguranju raspoloživih na tržištu kako bi bili u mogućnosti da potrošaču daju, u skladu sa profesionalnim kriterijumima, ličnu preporuku koji ugovor o osiguranju najbolje odgovara njegovim potrebama. Takvi distributeri su, po pravilu, brokeri osiguranja i samostalni

[13] Detaljnije o „Nadzoru nad proizvodima i obavezi uprave", koji (nadzor i obaveze uprave) pretpostavlja ustanovljenje posebne funkcije u organizaciji poslovanja distributera koji je proizvođač proizvoda osiguranja, videti u članku koji je obuhvatio analizu i sekundarnog propisa koje je donela EK, na osnovu čl. 38 DDO, radi bližeg regulisanja u nacionalnim pravima država članica ove obaveze distributera: Pierpaolo Marano, Kontrola aktivnosti proizvođača proizvoda osiguranja, u knjizi: *Pravo i praksa osiguranja - izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje*, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, april 2018, str. 269-272.

[14] S obzirom da je DPO po prirodi regulisanja bila direktiva minimalne harmonizacije, a ustanovila je obavezno savetovanje osiguranika od strane posrednika osiguranja, ona je isključivala mogućnost da se osiguranik odrekne prava na savetovanje, što brojna zakonodavstava, među njima i nemačko, nisu prihvatila već su ustanovila pravo za osiguranika da se odrekne prava na posrednikov savet (par. 61, st. 2 Zakona o ugovorima o osiguranju).

i nezavisni od društava za osiguranja agenti osiguranja. DDO, inače, predviđa da kada posrednik osiguranja saopšti potrošaču da savete daje na osnovu korektne i lične analize..., da ima obavezuju da tako i pruži savet potrošaču (čl. 20/3).

Međutim, bez obzira na ovde ispitane razlike, način na koji DDO reguliše obavezu davanja saveta kada je ona ustanovljena u nacionalnom pravu ili je propisano da distributer ne daje savet na odnos distributera i potrošača primenjuju se u DDO propisani standardi za prodaju osiguranja kojima se obezbeđuje visoka zaštita interesa potrošača tako što se prilikom prodaje osiguranja u najboljem interesu postrošača obezbeđuje da ugovor o kupovini osiguranja uvek odgovara zahtevima i potrebama potrošača.

Naime, i kada potrošaču daje savet ili ga ne daje pre zaključenja ugovora o osiguranju, distributer mora prethodno da ispita na osnovu informacija koje je dobio od potrošača zahteva i potrebe potrošača za određenim osiguranjem i pojasni mu ih i da, kada ne daje savet, ponudi potrošaču ugovor koji odgovara njegovim zahtevima i potrebama, a ako daje savet da potrošaču da ličnu preporuku za određeni proizvod u kojoj je dužan da objasni zbog čega bi njegovom kupovinom potrošač najbolje ispunio svoje zahteve i potrebe (čl. 20/1).

Zahtevi i potrebe potrošača i pojašnjenja zavise od složenosti ponuđenog proizvoda i kategorije potrošača (čl. 20/2). Zatim, taj najbolji interes za potrošača se postiže i novoustanovljenom obavezom u DDO za distributere da potrošaču, bez obzira na to da li mu daje savet - ličnu preporuku koji proizvod osiguranja da kupi, ili mu ne daje savet, da potrošaču pre zaključenja osiguranja dostavi relevantne informacije / objašnjenja glavnih karakteristika proizvoda osiguranja vodeći računa o složenosti proizvoda osiguranja i kategoriji potrošača u razumljivom obliku da bi potrošač mogao da samostalno donese (informisanu) odluku, ako se na to odluči, o kupovini proizvoda osiguranja (čl. 20, st. 4). Kada se radi o neživotnom osiguranju distributer ove informacije je dažan da saopšti uručivanjem standardizovanog dokumenta o proizvodu osiguranja, koji sastavlja proizvođač proizvoda osiguranja, na papiru ili drugom trajnom mediju (čl. 20, st. 5 i 6)[15]. Standardni dokument sadrži naslov "Dokument sa informacijama o proizvodu osiguranja". U njemu mora biti sadržana i izjava distributera da se sve predugovorne i ugovorne informacije o proizvodu nalaze u dugim dokumentima -

[15] Ovde se misli na proizvode neživotnog osiguranja navedene u Prilogu I Direktive 2009/138/EZ o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) (SL L 335, 17.12.2009).

predugovornim i ugovornim ispravama. To govori da ovaj dokument sadrži samo opšte prethodne relevantne informacije o proizvodu osiguranja.

Ipak, i kao takav on se može smatrati jednim u nizu u DDO institucionalizovanih oblika suzbijanja nepoštene prodaje proizvoda osiguranja potrošačima.[16] U pogledu forme dostavljanje informacija opširno je regulisano u st. 7, a sadržine u st. 8 pomenutog člana. Rečenom treba još dodati da države članice mogu propisati da distributer mora da dokumenat sa informacijama o proizvodu osiguranja dostavi potrošaču zajedno sa predugovornim informacijama koje se zahtevaju prema zakonskim aktime EU i nacionalnim propisima kojima se oni sprovode.[17]

UKRATKO O POSEBNIM PRAVILIMA ZA PRODAJU INVESTICIONIH PROIZVODA OSIGURANJA

Prodaja investicionih proizvodi osiguranja, definisanih u čl. 2, st. 17 DDO, s obzirom na elemenat ulaganja sredstava potrošača svojstven tim proizvodima, prema komunitarnom zakonodavcu, mora da zadovolji (opravdana - J.S.) očekivanja ulagača / potrošača da se radi pouzdane zaštite njegovih interesa, na tu prodaju primenjuju pored pravila poslovanja distributera koja se primenjuju na prodaju ostalih / svih proizvoda osiguranja i posebna / dopunska pravila poslovanja koja se odnose na sprečavanje sukoba interesa, davanje posebnih informacija, uslove povodom davanja saveta i ograničenja u pogledu naknada (preambula br. 56 i 57). Poslovna pravila za prodaju svih proizvoda na čiju primenu na investicione proizvode se poziva Direktiva u čl. 26 su ona koja smo mi već ispitali u Poglavlju V, čl. 17-20. Preostaje da ispitamo posebna obuhvaćena u Poglavju

[16] Detaljnije o nepoštenoj prodaji koja nastaje namernom ili nepažljivom prodajom neodgovarajućeg proizvoda osiguranja videti: Margarita Lima Rego, Nadzor proizvoda zahtevi i potrebe potrošača: implikacije na ugovorno pravo, u knjizi: *Pravo i praksa osiguranja - izazovi, nove tehnologije i korporativno upravljanje,* Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, april 2018, str. 204-205. O nepoštenoj prodaji osiguranja zbog neodgovarajućeg ili pristrasnog savetovanja ili slabog kvaliteta saveta kod: Kristina Marijani, Nova Direktiva o distribuciji osiguranja i davanje saveta, u istoj knjizi, str. 173-180.

[17] U red zakonskih akata EU u kojima je propisana obaveza davanja predugovornih informacija potrošaču dolaze: Direktiva 73/329/EEC Saveta EEZ o usaglašavanju zakonskih, podzakonskih i upravnih akata koji se odnose na započinjanje i obavljanje poslova direktnog osiguranja života (izmenjena), Direktiva 2002/83/EC Skupštine Evrope i Saveta Evrope o osiguranju života (konsolidovan tekst zaključno sa izmenama) i Direktiva 2002/65/EC Skupštine i Saveta Evrope o marketingu finansijskih potrošačkih usluga kojom se dopunjuje Direktava Saveta 90/619/EEC i druge direktive.

VI "Dopunski uslovi u pogledu investicionih proizvoda osiguranja, normirana u čl. 27–30).

Da ne bi naneli štetu interesima potrošača, posrednik osiguranja i društvo za osiguranje koji prodaju investicione proizvode osiguranja dužni su da sprovode i održavaju efikasne organizacione i administrativne mere za preuzimanje svih razumnih koraka da bi sprečili sukob interesa između njih, članova njihove uprave i zaposlenih, lica koja su direktno ili indirektno povezana sa njima putem kontrole / nadzora poslovanja i njhovih potrošača ili između dva potrošača. Takvi koraci moraju biti propircionalni poslovima koje su obavili, prodatim proizvodima i karakteristikama distributera. A ako mere koje su preduzeli radi rešavanja sukoba interesa nisu dovoljne da u razumnoj meri obezbede da se spreči rizik od nastanka štete za interese potrošača, da su oni dužni da blagovremeno i jasno, pre zaključenja ugovora o osiguranju, obaveste potrošača o svojstvima i / ili izvorima sukoba interesa. U obaveštenju su dužni da upoznaju potrošača sa pojedinostima sukoba da bi potrošač mogao sam da donese informisanu odluku u pogledu kupovine investicionog proizvoda u kontekstu u kome je došlo do sukoba interesa. Evropska komisija je ovlašćena da u domenu sukoba interesa donese sekundarne propise radi bližeg definisanja koraka za distributere koje oni moraju preduzeti za prepoznavanje, sprečavanje i rešavanje sukoba interesa i saopštavanje potrošaču da postoji sukoba interesa i za uspostavljanje kriterijuma za utavrđivanje vrste sukoba čije postojanje može da šteti interesima distributerovim potrošačima (čl. 27 i 28).

Pre zaključenja ugovora o prodaji investicionog proizvoda osiguranja, distributeri imaju obavezu da potrošaču dostave u obliku standardizovanog dokumenta ključne informacije o investicionom proizvodu. Sadržina ovog dokumenta je propisana Uredbom (EU) 1286/2014 Skupštine i Saveta Evrope o dokumentima sa ključnim podacima za upakovane investicione proizvode za male ulagače i investicione proizvode osiguranja.[18] Pored ovih informacije, odnosno dokumenta sa informacijama, distributeri su dužni da potrošaču dostave i dodatne informacije u kojima se iscrpno prikazuju troškovi distribucije koji nisu navedeni u standardnom dokumentu radi toga da bi se potrošaču, potencijalnom kupcu proizvoda omogućilo da razume ukupne efekte tih troškova na prinos ulaganja u investicioni proizvod.

[18] SL L 352, 9.12.2014, str. 1.

Ove informacije koje se moraju dostaviti potrošaču u razumljivom obliku, minimalno obuhvataju podatke, kada je reč o savetovanju, da li potrošač dobija periodićunu procenu koliko je preporučeni investicioni proizvod prikladan za potrošaču u smislu čl. 30 o čemu će odmah biti reči, prikladne smernice i upozorenja o rizicima povezanim sa kupovinom investicionih proizvoda ili sa predloženom investicionom strategijom za kupovinu ovih proizvoda i o svim troškovima i povezanim naknadama za kupovinu proizvoda, troškovima savetovanja kada je to od značaja za potrošača, kako potrošač može izvršiti plaćanje za kupovinu proizvoda i o plaćanjima na teret trećeg lica. Države članice mogu propisati strožije uslove / ograničenja u pogledu navedenih pitanja. Komisija je ovlašćena da donosi delegirane akte u kojima će bliže regulisati kriterijume za procenu da li distributeri koji daju ili primaju podsticaje za kupovinu investicionih proizvoda postupaju pošteno, korektno i profesinalno u najboljem interesu potrošača i druga pitanja predviđena u preambuli br. 29 i 42.

Kada potrošač kupuje investicioni proizvod osiguranja, distributer je dužan da pre zaključenja ugovora o prodaji ispita zahteva i potrebe potrošača za ovakvim proizvodom i pre pružanja saveta o tom proizvodu prikupi sve potrebne informacije u vezi sa znanjem i iskustvom potrošača na području ulaganja relevantnom za određenu vrstu investicionog proizvoda, finansijskom situacijom potrošača i njegovim investicionim namerama, uključujući šta je za njega prihvatljiv rizik i koje su njegove finansijske sposobnosti da podnese moguće gubitke od kupovine ovakvog proizvoda osiguranja i nakon toga potrošaču preporuči kupovinu investicionog proizvoda osiguranja koji je odgovarajući za njega, s obzirom na njegove mogućnosti da prihvati rizik kupovine takvog proizvoda i sposobnost da podnese moguće gubitke kupovinom određenog proizvoda osiguranja sa investicionom komponentom.

Ukoliko distributer ne pruža investiciono savetovanje, dužan je da zatraži od potrošača da mu dostavi informacije u vezi sa njegovim znanjem i iskustvom na investicionom području od značaja za određenu vrstu traženog ili mu ponuđenog investicionog proizvoda osiguranja da bi mogao da proceni da li mu odgovara određeni investicioni proizvod (preambula br. 56 i čl. 30, st. 1 i 2, kao i st. 3 u kome su predviđeni izuzeci od obaveze da kada distributer ne pruža savete da mora da zatraži od klijenta informacije o njegovom znanju i iskustvu u investicio-

nom području od značaja za kupovinu traženog ili ponuđenog mu investicionog proizvoda).[19]

Imajući u vidu rečeno da je DDO direktiva minimalne harmonizacije, države članice mogu da propišu obavezu davanja saveta, obavezu za distributere da savet daju na osnovu analize dovoljno velikog broja proizvoda sa tržišta koji se međusobno razlikuju i drugo. Komisija je i u oblasti davanja saveta o kupovini investicionih proizvoda ili kod prodaje bez davanja saveta, takođe, ovlašćena da donosi skundarne propise radi bližeg regulisanja pitanja obuhvaćenih u st. 6, čl. 30.

ZAKLJUČCI

1. Prema ispitanoj sadržini posmatrane same za sebe nove obaveze koje je ustanovila DDO i one koje su na nov način regulisane u Poglavlju V i VI te direktive u odnosu na DPO za distributere pre početka sa reklamiranjem i prodajom osiguranja i pre zaključenja ugovora o prodaji osiguranja, mogu se *en bloc* oceniti da olakšavaju kupoprodaju svih vrsta proizvoda osiguranja potrošačima u smislu da im obezbeđuju pravnu izvesnost da će kupiti proizvod koji odgovara njihovim potrebama i da su njihovim ispunjenjem zaštićeni od nepoštene prodaje proizvoda osiguranja i drugih mogućih zloupotreba distributera osiguranja prilikom prodaje osiguranja bez obzira da li im distributer daje ili ne daje kupovni savet. I da je ovim obavezama ostvaren vrhovni cilj donošenja DDO - da se nivo zaštite interesa potrošača podigne na viši nivo od onog koji im je bio obezbeđen u DPO.

Međutim, pošto je sadržina ovih obaveza neodvojiva od posledica / sankcija koje su predviđene zbog njihove povrede, a njih ne propisuje Direktiva već se regulišu nacionalnim propisima država članica, od njihove prirode, kako civilnopravnih tako i javno-pravnih koje se izriču u postupku supervizije organa nadležnog za nadzor na delatnošću osiguranja, zavisi konačna ocena koliko će ove obaveze olakšati prodaju osiguranja. Teže, jačaju disciplinu distributera u izvršenju obaveza kako one glase u Direktivi i nacionalnim propisima država članica, a lakše labave tu disciplinu. I zato se konačna ocena o efikasnosti obaveza iz Direktive da olakšaju prodaju može procenjivati tek nakon ocene sankcija koje nacional-

[19] Države članice mogu odlučiti da se informacije iz čl. 29 i 30 Direktive ne dostavljaju profesionalnim ulagačima u investicione proizvode definisanim u Direktivi 2014/65/EU o tržištu finansijskim instrumentima (čl. 22, st. 1 DDO).

na prava država članica budu predvidela za njihovu povredu. Ustupanje Direktive nacionalnim pravima da propišu ove sankcije, posebno u domenu civilnog prava, ima slabost. Ona je da razlike u sankcionisanju povreda obaveza distributera čine u konačnici prepreku u jednoobranoj primeni Direktive o obavezama distributera u prodaji osiguranja.

Puna efikasnost u primeni ovih obaveza i jednoobraznost, bila bi obezbeđena da su Direktivom propisane adekvatne civilno-pravne posledice zbog njihove povrede. Takvim pristupom prilikom regulisanja posledica povrede obaveza distributera povodom prodaje osiguranja, komunitarni zakonodavac bi učinio jedan novi, već ranije preduziman, korak u regulisanju obligacionih odnosa uopšte i ugovornih odnosa iz osiguranja čijim će tek potpunim jednoobraznim regulisanjem biti učinjen veliki korak ka uspostavljanju jedinstva tržišta EU, odnosno jedinstva tržišta osiguranja.

2. Novoustanovljenim i novim pravilima kojima reguliše obaveze distributera prilikom prodaje osiguranja, DDO potrošačima / kupcima osiguranja obezbeđuje zaštitu interesa koju im nije obezbedio ni jedan pravni sistem države članice. Utoliko je pravni okvir za regulisanje prodaje osiguranja koji donosi DDO jedinstven / unikatan i od velikog je značaja za buduće, na nov način, regulisanje prodaje osiguranja u nacionalnim pravima država članica. Uključiv i za naše pravo koje je na putu usaglašavanja sa evropskim (EU) pravom.

Upravo u tome se na makro planu najviše ispoljava reformski značaj DDO. Među tim novim obavezama poseban značaj za buduće regulisanje ima obaveza distributera iz čl. 17, st. 1 da su prilikom obavljanja poslova distribucije osiguranja dužni da potupaju pošteno, korektno i profesionalno u skladu sa najboljim interesom njihovih potrošača / klijenata jer se ona odnosi na sve ugovorne i druge odnose / poslove distributera i potrošača, a ne samo na one koji nastaju povodom prodaje osiguranja / zaključenja ugovora o osiguranju na koje se odnose ostale obaveze koje za distributere ustanovljava DDO u Poglavlju V i VI. Treba, međutim, imati u vidu da se merilo podizanja opšteg nivoa povećane zaštite potrošača ne ograničava na fazu koja prethodi zaključenju ugovora o osiguranja, već se prostire i na područje drugih obaveza distributera, onih koje distributer ima nakon što je ugovor o osiguranu zaključen. U fazi trajanja osiguranja i kad je rok trajanja ugovora o osiguranju istekao. Pošto u tim fazama Direktiva ne ustanovljava nove ili na nov način jednoobrazno reguliše obaveze za distributere, osim onih iz čl. 17, st. 1 i 2, države članice i dalje imaju slobodu da ih u svom nacionalnom zako-

nodavstvu samostalno normiraju i regulišu na različit način. To govori da je komunitrni zakonodavac donošenjem Direktive samo u jednom malom segmentu ugovornih odnosa iz osiguranja i drugih povezanih sa ovima uspeo da ove jedinstveno reguliše. I u njemu zaštitu potrošača podigne na visoki nivo.

3. Nivo i obim u radu ispitanih obaveza distributera povodom prodaje osiguranja regulisanih u Poglavlju V i VI DDO dovoljani su da opravdaju ispravnost gledišta koje se zastupa u našoj doktirina od donošenja DPO da u sprovođenju ove direktive, sada DDO, distribuciju osiguranja kao posebnu i specifičnu oblast prava osiguranja treba regulisati u jednom posebnom zakonu (ranije Zakonu o posrednicima osiguranja kao što je to bio slučaj u većem broju evropskih država, danas Zakonu o distribuciji osiguranja), sa izuzetkom obaveze obaveznog savetovanja osiguranika od strane društva za osiguranje / osiguravača koju treba situirati u odredbe o ugovoru o osiguranu u Radnom tekstu Nacrta Građanskog zakonika.

JOVAN SLAVNIĆ, LL.D.,
Professor, University of Novi Sad

INSURANCE EU DISTRIBUTION DIRECTIVE
– Make easier or getting worse insurance sale –

Summary

According to the content of the survey itself, the new obligations established by the Insurance Distribution Directive (IDO) and those newly regulated in Chapter V and VI of this Directive in relation to the Insurance Mediation Directive (IMD), for distributors before of start of advertising and the sale of insurance, and before the conclusion of the insurance contract, *en bloc* can be assessed to facilitate the sale and purchase of all types of insurance products to consumers. In the sense that they provide them, with legal certainty, that they will buy a product that meets their needs and that they are protected from dishonoring by their fulfillment the sale of insurance products and other possible misuses of insurance distributors when selling insurance regardless of whether the distributor gives or does not give buyer advice. And that these obligations have achieved the ultimate goal of adopting IDOs - to raise the level of protection of consumers' interests to a higher level than those provided to them by the IMD.

By these new rules regulated obligations of the distributor in the sale of insurance, IDO provides consumers / insurance customers with the protection of interests not provided by any legal system of the Member State. In so far as the legal framework for regulating the sale of insurance is-

sued by the IDO, prescribing the obligations for distributors in the sale of insurance, is unique / unique and of great importance for the future, in a new way, the regulation of the sale of insurance in the national laws of the Member States. It is precisely on this macro plan the reform character of IDO is most manifest. Among these new obligations, the obligation of the distributor referred to in Art. 17, para. 1 that they are obliged to offer honestly, correctly and professionally in the performance of their insurance distribution activities in accordance with the best interests of their clients / consumers, as it applies to all contractual and other relations / dealings of distributors and consumers, and not only to those arising from the sale insurance / conclusion of an insurance contract to which other obligations for the distributors are established by the IDO in Chapters V and VI.

SLOBODAN ILIJIĆ

OBAVEZNO OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI DVE PRAVOSUDNE PROFESIJE U SRBIJI

U V O D

1.1. U početku XXI veka zakonodavac Srbije počeo je da uvodi premijsko osiguranje u zakone iz oblasti pravosuđa. Predmet ovog rada čine opšte karakteristike zakonskih odredaba o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika i advokata.

1.2. Važeći Zakon o stečaju[1] donet je 2009. godine, a počeo je da se primenjuje od 1.jula 2010. godine. Naredne, 2011. godine donet je Zakon o advokaturi[2]. Stupio je na pravnu snagu 17. maja 2011. godine, a odredbe o uvođenju obaveznog osiguranja počele su da se primenjuju od 18. maja 2012. godine. ZOS je regulisao obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika, a ZA obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata. U pravosudne profesije šire gledano spadaju i stečajni upravnik i advokat, ali se u pogle-

Mr Slobodan Ilijić, član Predsedništva Udruženja pravnika Srbije.

[1] "Službeni glasnik RS", br. 104/2009, 99/2011-dr.zakon, 71/2012-US, 83/2014, 113/2017 i 44(2017 (u daljem tekstu: ZOS).

[2] "Službeni glasnik RS", br.31/2011 i 24/2012-US (u daljem tekstu: ZA).

du građanske odgovornosti razlikuju. Za propust ili grešku stečajnog upravnika[3] mogu da odgovaraju država i stečajni upravnik ličnom imovinom, dok za propust ili grešku može da odgovara samo advokat[4] ličnom imovinom.

Uvođenje obaveznog osiguranja u Zakon o stečaju

2.1. Po osnovu ZOS-a samo aktivni stečajni upravnik mogao je da zaključuje ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Glavnu ulogu u utvrđivanju da li je neki stečajni upravnik stekao svojstvo aktivnog ima Agencija za licenciranje stečajnih upravnika, saglasno uslovima propisanim u zakonu o toj agenciji. *2.1.1.* Kada je bio donet, ZOS je bio prvi zakon iz oblasti pravosuđa u Srbiji, kojim je bilo uvedeno u neku od pravosudnih profesija obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti. *2.1.2.* Koncepcija ZOS-a počiva, između ostalog, na pravnom položaju stečajnog upravnika, kao organa u stečajnom postupku.

2.2. Prema stavu 1. člana 30. ZOS-a stečajni upravnik zaključuje ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti u svoje ime i za svoj račun, što znači da je stečajni upravnik osiguranik u ugovoru o obaveznom osiguranju od odgovornosti. *2.2.1.* Iz citiranog stava je sasvim jasno da ZOS nije dozvoljavao da ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika može da zaključi ugovarač osiguranja ili drugi punomoćnik, odnosno njegov predstavnik u ime i za račun stečajnog upravnika.

2.2.2. Već u stavu 1. člana 30. ZOS-a utvrđen je najniži iznos sume osiguranja na koji je dužan da se osigura stečajni upravnik. Reč je o iznosu od 30.000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan zaključenja ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. ZOS je definisao minimalnu sumu osiguranja za obavezno osiguranje stečajnih upravnika i time je omogućio osiguravaču da, polazeći od veličine zajednice rizika, utvrdi visinu premije i obim osiguravajućeg pokrića (primenom pravila aktuarske struke).

2.2.3. Treba primetiti da se u članu 30. ZOS-a ne pominje kao mogućnost zaključenje kolektivnog ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika. Na ovo se skreće pažnja, s obzirom da je već nared-

[3] Doc. dr Vladimir Kozar: *Osnovi odgovornosti za štetu u stečajnom postupku,* Pravni informator br. 2/2012, str. 19-25; Doc. dr Vladimir Kozar: *Građanskopravni osnovi odgovornosti stečajnog upravnika i države u stečajnom postupku,* "Pravo", teorija i praksa, br. 1-3/2012, str. 44-59.

[4] Član 2.ZA.

ne kalendarske godine donet ZA, koji je, uvodeći obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata, predvideo kolektivno ugovaranje osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata.

2.2.4. Stečajni upravnik zaključuje individualno sa osiguravačem ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Posledica toga je mogućnost da u Srbiji bude onoliko različitih ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika koliko ima stečajnih upravnika, odnosno koliko ima osiguravača.

2.2.5. U stavu 1. člana 30. ZOS-a označen je predmet tog ugovora putem formule – svi rizici povezani sa obavljanjem poslova stečajnog upravnika. U prvom delu ove formule bliže objašnjenje zahteva najpre izraz – svi rizici – s obzirom da on označava pravi omnibus veoma različitih rizika, koje dalje osiguravači u opštim uslovima osiguranja preciziraju sa konkretnim ograničenjima i isključenjima iz obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika[5].

2.2.6. Preostali deo formule iz stava 1. člana 30. ZOS-a – povezani sa obavljanjem poslova stečajnog upravnika – logično otvara pitanje: da li je osiguranjem pokrivena odgovornost stečajnog upravnika samo za greške ili propuste prema učesnicima stečajnog postupka ili je osiguranjem pokrivena odgovornost stečajnog upravnika za greške ili propuste i prema učesnicima stečajnog postupka i prema trećim licima? U odgovoru na ovo pitanje dobija se preciziran predmet ovog zakonskog osiguranja, ali i obim osiguravajućeg pokrića stečajnog upravnika po osnovu zaključenog ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti.

2.2.7. Osiguravači Srbije[6] razradili su putem posebnih uslova osiguranja pojam osiguranog slučaja, koji je prouzrokovao greškom ili propustom stečajni upravnik, ako to već zakonodavac nije učinio. Po tom izvoru ugovornog prava osiguranja osigurani slučaj u obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti steačajnog upravnika mogao je da poprimi tri vida: (1) ako je osigurani

[5] Urednici dr Sanja Andrijašević i Tatjana Račić-Žlibar: *Rječnik osiguranja*, Masmedija, Zagreb, 1997, str. 410; Mr Slobodan Samardžić: *Osiguranje imovine po načelu "svi rizici"*, Revija za pravo osiguranja br. 1-2/2008, str. 11-18.

[6] Dr Zoran Ilkić, pravni zastupnik u štetama u DDOR Novi Sad: *Pravna zaštita korisnika usluga osiguranja od odgovornosti,* Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu iz maja 2013, 361-375; Upravni odbor Kompanije "Dunav osiguranje" a.d.o.od 14. juna 2010. godine: *Uslovi za osiguranje profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika.*

slučaj zasnovan na pisanim dokumentu, odnosno dokumentu koji je osiguranik potpisao; (2) ako je osigurani slučaj nastao zbog propusta ili previda, kada je najkasnije trebalo da se preduzme radnja da bi se izbegla šteta; (3) u svim ostalim slučajevima, kada je stečajni upravnik izdao pogrešnu instrukciju ili izvršio pogrešnu radnju.

2.2.8. Posle imperativne norme u stavu 1. člana 30. ZOS-a – da se stečajni upravnik osigurava od profesionalne odgovornosti – čini se kao da nešto nedostaje posle reči –odgovornosti. Nedostajao je u postojećoj formulaciji stava 1. tog člana odgovor na pitanje: u čemu se sastoji greška ili propust stečajnog upravnika?

Na postavljeno pitanje ZOS nije dao zakonodavno-pravni odgovor.

2.2.9. Kroz uopštavanje privredno-sudske prakse definisani su neki od propusta ili grešaka stečajnih upravnika, i to: (1) privilegovanje jednih na štetu drugih poverilaca; (2) račun stečajnog dužnika je blokiran, a stečajni upravnik je omogućio isplatu protivno zakonskim pravilima; (3) stečajni upravnik priznao je fiktivni ugovor i time ošetio poverioce i dr.[7] Za razliku od uopštavanja privredno-sudske prakse, teorija prava osiguranja bavila se pitanjem ko može da bude oštećeni propustom ili greškom stečajnog upravnika. Na to pitanje ponuđen je sledeći odgovor: krug[8] trećih oštećenih lica u ovom obaveznom osiguranju obuhvatio bi sve učesnike stečajnog postupka, kao i lica koja imaju interes da traže naknadu štete od osiguravača ili od stečajnog upravnika. Izložena mišljenja zaslužuju pažnju našeg zakonodavca.

2.2.10. Inače, šteta koju stečajni upravnik može da pričini oštećenom spada u čiste imovinske štete. Njena definicija[9] je obično sadržana u opštim uslovima osiguranja osiguravača i glasi: čista imovinska šteta označava štetu koja se neposredno sastoji u novcu, a nije nastala povredom lica ni oštećenjem odnosno uništenjem stvari. Ovaj oblik čiste imovinske štete prisutan je ne samo kod obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika, nego i kod obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata, stim što će o tom osiguranju biti reči u drugom odeljku ovog rada.

---

[7] Prof. dr Mihailo Velimirović: *Stečajno pravo, drugo izmenjenoi dopunjeno izdanje,* Pravni fakultete Univerziteta Union i Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 186.

[8] Prof. dr Slobodan Stanišić: *Osiguranje stečajnog upravnika od odgovornosti za štetu,* Pravna riječ, br. 40/2014, str. 527-535.

[9] Dr Vojislav Sokal, sam. savetnik ZOIL "Dunav" u penziji: *Prilog diskusiji na temu Kopaoničke škole prirodnog prava* "*Šteta i njena naknada*", Pravni život, br. 1-2/1993, str. 185.

2.3. Prema stavu 2. člana 30. ZOS-a odbor poverilaca može u bilo kom trenutku zahtevati od stečajnog upravnika da zaključi ugovor o dodatnom osiguranju od profesionalne odgovornosti za konkretan stečajni postupak i na iznos koji je veći od iznosa iz stava 1. ovog člana, a stečajni upravnik je dužan da takvo osiguranje ugovori, osim ukoliko ne dokaže da nije u mogućnosti da na tržištu ugovori takvo osiguranje. Prema stavu 3. člana 30. ZOS-a iznos iz stava 2**.** ovog člana određuje odbor poverilaca s obzirom na visinu stečajne mase i posebne okolnosti, kao i postojeće ili moguće rizike, s tim što stečajni sudija, postupajući po službenoj dužnosti ili po zahtevu zainteresovanog lica, može naložiti umanjenje tog iznosa ili u potpunosti zabraniti preuzimanje dodatnog osiguranja ako proceni da su troškovi premije dodatnog osiguranja neopravdano visoki.

2.3.1. Prva napomena uz odredbe st. 2. i 3. člana 30. ZOS-om bila bi da je ovim putem uvedeno dopunsko osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. Kod uvođenja dopunskog osiguranja od profesionalne odgovornosti ZOS je predvideo da stečajni upravnik pregovara sa osiguravačem, ali da se ti pregovori odvijaju uz jasna nadzorna zakonska ovlašćenja različitih organa stečajnog postupka. Cilj odredaba st. 2. i 3. člana 30. ZOS-a je bio da odluku o zaključenju ugovora sa dopunskim osiguranjem od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika razmotri i donese više organa stečajnog postupka.

2.3.2. Druga napomena u odnosu na odredbe st. 2 i 3. člana 30 ZOS-a potekla je iz teorije prava osiguranja[10].

U stvari, postavljeno je pitanje: da li su organi stečajnog postupka (odbor poverilaca, stečajni sudija, stečajni upravnik) kompetentni da odlučuju da li stečajni upravnik treba da pristupi zaključenju ugovora sa osiguravačem o dopunskom osiguranju od profesionalne odgovornosti? U vezi sa postavljenim pitanjem kompetentnosti organa stečajnog postupka da odlučuju o zaključenju ili nezaključenju dopunskog osiguranja od profesionalne odgovornosti nesporna je činjenica da odredbe člana 30. ZOS-a nisu (od 2009.) do sada (2018.) novelirane u smislu postavljenog pitanja, što znači da ih do sada zakonodavac nije prihvatio.

2.4. Iz odredaba stava 4. člana 30. ZOS-a proizašlo je jedno važno pravno pravilo, koje glasi, i to: da premija dodatnog osiguranja iz stava 2. ovog člana predstavlja obavezu stečajne mase.

---

[10] Prof. dr Jovan Slavnić: *Posebne odredbe o obaveznom osiguranju od odgovornosti kao predmet regulisanja zakona koji uređuje ugovor o osiguranju,* Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Srbije sa savetovanja održanog aprila 2011, str. 173-215 (posebno str.191 i fusnota br. 41).

2.4.1. Stečajni upravnik zaključuje individualni ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti i premiju osiguranja po osnovu tog ugovora plaća iz sopstvenih sredstava. Ugovor o dopunskom osiguranju od odgovornosti stečajni upravnik takođe zaključuje individualno, ali se premija tog osiguranja isplaćuje na teret stečajne mase. Pored visine sume osiguranja, tu leže neke od razlika između zaključenog obaveznog i dopunskog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika.

2.4.2. Navedeno pravilo iz stava 4. dobilo je danas na aktuelnosti. Naime, pravilo iz stava 4. u vezi sa jednom od odredaba iz stava 1. tog člana (da stečajni upravnik zaključuje ugovor – u svoje ime i za svoj račun) poslužili su kao argumenti u pokrenutoj javnoj diskusiji[11] po pitanju neimenovanog ugovora o osiguranju za tuđi račun i/ili neimenovanog ugovora o osiguranju za račun koga se tiče (član 1417. i dr. u Prednacrtu Građanskog zakonika RS[12]).

2.4.3. U odnosu na dotadašnje zakonodavstvo u Srbiji[13], u kome je bilo zakona sa uvedenim obaveznim osiguranjem od odgovornosti, važno je da se istakne da je član 30. ZOS-a propisao iznos minimalne sume osiguranje. Propisivanjem iznosa minimalne sume osiguranja, kao važnog elementa ovog obaveznog osiguranja, ZOS je učinio značajan korak napred u razvoju obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti u Srbiji. Pored osnovnog obaveznog, ZOS je uveo i dopunsko osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika, koje je praćeno odmerenim ovlašćenjima organa stečajnog postupka u odlučivanju po pitanju da li je celishodno da se zaključi dopunski ugovor o osigranju od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. Bili bi to pozitivni elementi u ZOS-u.

Međutim, ZOS nije regulisao neke od važnih elemenata za funkcionisanje obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika (predmet osiguranja, odnosno obim osiguravajućeg pokrića, krug oštećenih lica, osigurani slučaj, ograničenja i isključenja iz osnovnog, tj. obaveznog i dopunskog osiguranja i dr.), tako da je u tom pogledu sumarno regulisan član 30. ZOS-a.

---

[11] Mr Slobodan Ilijić: *Obavezno osiguranje stečajnih upravnika u Republici Srbiji*, Pravna riječ, br. 32/2012, str. 757-768. Prof.dr Predrag Šulejić:*Osiguranje od odgovornosti organa pravnog lica – pravna priroda,* Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Srbije iz aprila 2011, str. 284-299; Prof. dr Predrag Šulejić: *Osiguranje od odgovornosti organa pravnog lica – pravna priroda i primena,* Tokovi osiguranja br. 2/2012, str. 5-19 i dr.

[12] Tekst Prednacrta Građanskog zakonika RS iz maja 2015. godine.

[13] Mr Slobodan Ilijić: *Oblici obaveznog osiguranja na početku 2008.godine (I),* Tokovi osiguranja br. 3-4/2008, str.3-17*;* Mr Slobodan Ilijić: *Oblici obaveznog osiguranja na početku 2008.godine (II),* Tokovi osiguranja, br. 1-2/2009, str. 26-40.

Uvođenje obaveznog osiguranja u Zakon o advokaturi

3.1. Najvažnije odredbe o obaveznom osiguranju advokata predviđene su u članu 37. ZA. Iznad tog člana naimenovanje je glasilo – obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti – što upućuje na zaključak da se članom 37. ZA htelo samo da se uvede obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata. Otuda, nema sumnje da je uvođenje obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata bio je jedan od važnih ciljeva, kojim je obrazlagano donošenje ovog ZA. Na listi država u kojima je uvedeno obavezno osiguranje[14] advokata nalaze se gotovo sve evropske države[15] i gotovo sve bivše republike SFRJ, a Srbija je, sa donošenjem ZA, među poslednjim državama u Evropi koja je uvela obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata[16].

3.1.1. U stavu 1. člana 37. ZA je predviđeno da je advokat dužan da zaključi ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti kod organizacije za ovu vrstu osiguranja. Drugim rečima, zaključenje ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti podignuto je na nivo zakonske dužnosti advokata. Međutim, zakonodavac svoju izvornu dužnost da utvrdi iznos minimalne sume tog obaveznog osiguranja nije realizovao u samom zakonu, već je svoju dužnost prevalio na drugog, odnosno na Advokatsku komoru Srbije. Pošto se razmatra obavezno osiguranje jedne pravosudne profesije, valja se prisetiti da sud angažuje veštaka ako ne raspolaže znanjem o onome o čemu sudi. Na isti način je trebalo da postupi zakonodavac, odnosno da angažuje aktuara, koji će po zahtevu zakonodavca za zajednicu rizika koju čini oko 7.000 advokata (i uz primenu pravila aktuarske struke) izračunati minimalnu sumu osiguranja advokata.

3.1.2. Druga tema stava 1. člana 37. ZA bila je – organizcija registrovana za ovu vrstu osiguranja. Redaktor ZA je imao u vidu osiguravača, koji je registrovan (ima dozvolu) da zaključi ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti ad-

---

[14] Prof. dr Jovan Slavnić: *Obavezno osiguranje, osnove sistema i koncept njegovog regulisanja,* Savremena administracija, Beograd, 1978, str. 75-84; Sergej Simoniti: *Uvođenje obaveznih osiguranja – Evropska unija i slovenačka iskustva,* Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Srbije iz aprila 2008, str. 70-96; mr Slobodan Ilijić: *Oblici prava osiguranja u važećem zakonodavstvu Srbije,* Pravni informator br.7-8/2008, str. 69-74.

[15] Mr Slobodan Ilijić: Seminar *Društva za podršku osiguranja u Srbiji povodom Predloga zakona o advokaturi u kome je predviđeno obavezno osiguranje od odgovornosti advokata,* Revija za pravo osiguranja br. 1-2/2006, str. 69-78

[16] Dr Z. Ilkić, fusnota br. 5.

vokata. Takođe, redaktor ZA morao je da ima uvidu i činjenicu da onaj osiguravač, koji ima dozvolu za prodaju ove vrste osiguranja, nije u zakonskoj obavezi da zaključuje (kolektivne ili individualne) ugovore o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata, ako u svojoj poslovnoj politici ocenjuje da u tom poslu nema izgleda na uspeh.

3.2. Članu 37. ZA je prigovarano[17] da sadrži sumarne odredbe o obaveznom osiguranju advokata i da u tim odredbama nisu dati odgovori na brojna pitanja funkcionisanja ovog osiguranja, tako da se neregulisana pitanja osiguranja u ZA prepuštaju nekim drugim zakonima (Zakon o obligacionim odnosima, Zakon o privrednim društvima i dr.), kao i opštim i posebnim uslovima osiguranja, koje donose osiguravači.

3.2.1. Precizirajući koja su to brojna neregulisana pitanja ovog osiguranja u ZA isti autor[18] je izložio da se mislilo, i to: na obavezu zaključenja ugovora o osiguranju, na određivanje ugovarača osiguranja, na obim pokrića, odnosno na predmet osiguranja, na minimalni limit pokrića, na osigurani slučaj i na prigovore koje osiguravač ne može da ističe oštećenom licu, kao i na isključenja iz ovog osiguranja. Dakle, navedeni autor izložio je celovitoj kritici ne samo odredbe čl. 37. i druge članove ZOS-a, nego i odredbe Statuta Advokatske komore Srbije, Kodeksa profesionalne etike advokata i dr, razume se, u meri u kojoj se odnose na ovo obavezno osiguranje.

3.2.2. U daljoj kritici ZA isti autor[19] se posebno osvrnuo na član 48. stav 1. tač. 5. u vezi sa članom 37. ZA. Tumačeći ova dva člana ZA stao je na stanovište da ZA ne omogućava pouzdan odgovor na sledeće pitanje, i to: da li zaključenje ugovora o obaveznom osiguranju advokatskog ortačkog društva sa osiguravačem ima za posledicu da je obavezno osigurano samo advokatsko ortačko društvo ili su zaključenjem tog ugovora obavezno osigurani i društvo i svi članovi-advokati tog društva?

3.2.3. Bez pozivanja na prvog autora i na navedene članove ZA, drugi autor[20] je konstatovao da je u ZA pokrivena zakonska odgovornost advokata, kod njega zaposlenih advokata i advokata saradnika, advokatskih pripravnika i dru-

[17] Prof. dr Predrag Šulejić: *Osiguranje od odgovornosti advokata,* Zbornik radova Saveza udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske iz juna 2011. godine, str. 83-92.

[18] Ibidem.

[19] Ibidem.

[20] Dr Z. Ilkić, fusnota br. 5.

gog osoblja advokatske kancelarije, odnosno ortačkog društva advokata, za materijalnu štetu koja je klijentu prouzrokovana bavljenjem advokature. *3.2.4.* Po mišljenju potpisnika ovog rada, kad zakonodavac ne nađe pravu meru u formulisanju svih elemenata jednog pravnog instituta, odnosno kad pravni institut ostane sumarno regulisan, kao što je to bio slučaj sa odredbama člana 37. ZA, događaju se u osiguravajućoj praksi i teoriji prava osiguranja protivrečna tumačenja ili konstatacije u vezi sa pojedinim rešenjima tog zakona.

3.3. Prema stavu 2. člana 37. ZA advokatska komora može zaključiti ugovor o kolektivnom osiguranju od profesionalne odgovornosti za sve advokate upisane u njen imenik advokata**.** Prema stavu 3. člana 37. ZA Advokatska komora Srbije utvrđuje minimalnu sumu osiguranja za štetu od profesionalne odgovornosti. Najzad, u stavu 4. člana 37. ZA advokatska komora uskratiće izdavanje ili produženje važenja advokatske legitimacije advokatu koji nije zaključio ugovor oosiguranju, osim u slučaju osiguranja iz stava 2. ovog člana.

3.3.1. Podnoseći zahtev za upis u advokatsku komoru budući advokat je dužan da podnese advokatskoj komori individualni ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti zaključen sa osiguravačem, što znači da se počinje sa – zaključenjem individualnog ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata.

3.3.2. U odredbama Statuta Advokatske komore (čl. 273 do 278) razrađene su okolnosti, rokovi i drugi uslovi primenom kojih advokat sa zaključenim individualnim ugovorom može da se za narednu kalendarsku godinu uključi u kolektivni ugovor o osiguranju[21] i obrnuto da napusti kolektivni ugovor i zaključi opet individualni ugovor, a sve to pod pod propisanim uslovima

3.3.3. Po mišljenju potpisnika ovog rada, izloženi pravni režim zaključenja (individualnog ili kolektivnog) ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata omogućava da osiguravači jedan drugom konkurišu pri zaključenju individualnog ugovora o osiguranju advokata, odnosno da međusobno konkurišu pri zaključenju kolektivnog ugovora o osiguranju advokata. Izloženi pravni režim pruža osiguravačima veliku slobodu u definisanju obima pokrića i raznolikosti opštih ili posebnih uslova osiguranja advokata. Negativna strana ovog pravnog režima sastoji se u nejednakoj zaštiti advokatske profesije i nejednakoj zaštiti oštećenih lica advokatskom greškom na teritoriji Srbije. Rečju,

[21] Doc. dr Nataša Petrović-Tomić: *Osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata (predlog rešenja u srpskom pravu),* Pravni život br.10/2011, str. 835-864.

izloženi pravni režim je konstituisan u ZOS-u kao da nikakvih zastoja ili nesaglasnosti ne može da bude, niti će biti.

3.3.4. Po mišljenju potpisnika ovog rada, kolektivni[22] ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata povoljniji je za advokata-osiguranika nego individualni ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata-osiguranika. Kolektivni ugovor o osiguranju zaključen putem Advokatske komore Srbije ima za osnovu veću zajednicu rizika, što povlači za sobom manju premiju za osiguranika-advokata i višu sumu osiguranja za sve osiguranike tokom važenja jednogodišnjeg kolektivnog ugovora o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti.

3.3.5. Na izradi ZA u okviru advokatskih komora (Beograda i Srbije) radilo je nekoliko radnih grupa (skoro jednu deceniju). Već na početku rada jedne od radnih grupa[23] razmatrano je pitanje predmeta obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti u budućem ZA. U tom pogledu stalo se na stanovište da predmet budućeg obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti čine, i to: (1) neblagovremeno podnošenje tužbe ili izjavljivanje pravnog leka; (2) uskraćivanje pravne pomoći, odnosno nepružanja pravne pomoći klijentu i posle otkaza punomoćja ako je to neophodno da se za klijenta otkloni šteta (30 dana po otkazivanju punomoćja); (3) izostanak sa ročišta ili rasprave; (4) priznanje tužbenog zahteva, odricanje od tužbenog zahteva ili od prava na žalbu, povlačenje tužbe i sl. protivno volji klijenta; (5) zaključenje nekog ugovora protivno volji stranke i na njenu štetu ili nezaključenje ugovora, odnosno neblagovremeno zaključenje ugovora; (6) odavanje profesionalne tajne; (7) neblagovremeno vraćanje spisa predmeta klijentu, odnosno nevraćanje spisa uopšte klijentu ili gubitak spisa i dokumentacije poverene advokatu radi ostvarenja nekog prava; (8) ostalo. Ni noviji pogledi na predmet odgovornosti advokata, odnosno predmeta osiguranja advokata[24], ne odstupaju bitno od citiranog opisa poslova advokata.

---

[22] Doc. dr Nataša Petrović-Tomić: *Osiguranje od odgovornosti advokata novina u srpskom pravu,* Pravo i privreda br. 10-12/2011, str. 168-170.

[23] Mileva Bogdanović: *Odgovornost advokata i osiguranje za štetu od advokatske delatnosti,* Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Jugoslavije, iz aprila 2003, str. 130-136.

[24] Borivoje Živković, sudija Apelacionog suda u Beogradu: *Odgovornost advokata za greške i pravo na naknadu štete,* Zborni radova Udruženja za odštetno pravo, savetovanje iz septembra 2016, str. 97-111.

Međutim, ZA nije poslove advokature na adekvatan zakonodavno-pravni način izrazio kao predmet obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata.

3.3.6. Međutim, za razliku od poslova advokata, opisanih u prethodnoj podtačci, Upravni odbor Advokatske komore Srbije Odlukom od 14.jula 2012[25] stao je na pravno stanovište da advokat može da bude imenovan za neizvršnog-nezavisnog direktora privrednog društva pod sledeća tri uslova: (1) da advokat ne zasniva radni odnos u privrednom društvu radi obavljanja neizvršnog-nezavisnog direktora; (2) da advokat koji obavlja poslove neizvršnog-nezavisnog direktora ne bude upisan u registar Agencije za privredni registar kao zastupnik ili prokurista tog privrednog društva; (3) da ne postoji konflikt interesa. Očigledno, navedena odluka je doneta posle početka primene člana 37. ZA i u odnosu na zatečene ugovore o obaveznom osiguranju advokata predstavlja novu okolnost.

3.3.7. Po mišljenju potpisnika ovog rada, navedena odluka ima ili može da ima najmanje trostruko dejstvo za buduće obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata. Prvo, navedena odluka zaoštrila je pitanje predmeta ovog obaveznog osiguranja, koje je sumarno regulisano u ZA. Poslovi advokata po osnovu navedene odluke izlaze iz kruga do sada uobičajenih poslova advokature u Srbiji, što za sobom povlači potrebu ponovne procene rizika u obaveznom osiguranju advokata.

Drugo, navedena odluka ukazala je nesumnjivo na potrebu da se novelira ZA sa idejom da se omogući uvođenje dopunskog osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata za poslove advokata iz navedene odluke i druge slične poslove. U nemačkom pravu osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata[26], zbog mogućnosti da se advokat bavi ovim i sličnim poslovima, predviđeno je dopunsko osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata.

Treće, navedena odluka skreće pažnju osiguravačima na nove rizike u odnosu na već zaključene kolektivne ili individualne ugovore o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata. Navedena odluka povlači az sobom potrebu osiguravača u Srbiji da pristupe pregovorima za izmene i dopune kako kolektivnog, tako i individualnih ugovora o obaveznom osiguranju advokata.

---

[25] Prof. dr Zlatko Stefanović: *Pravo advokata da bude imenovan za neizvršnog-nezavisnog direktora privrednog društva (Značaj Odluke Upravnog odbora Advokatske komore Srbije i mogućnost primene u praksi),* Pravni instruktor br. 27, za septembar 2012, str. 16-19

[26] Zoran M. Janjić, advokat iz Beograda: *Prevod sa nemačkog Posebnih uslova i opisa rizika za advokate,* Zbornik radova Društva za podršku osiguranja u Srbiji iz oktobra 2005, str. 1-4.

3.3.8. Nekako posle početka primene odredaba ZA o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti advokata u srpsko pravo osiguranja prispela je preporuka Saveta evropskih advokatskih komora[27], adresirana svim nacionalnim komorama ili udruženjima, da minimalna suma osiguranja bude 100.000 evra po osiguranom slučaju i ukupno 200.000 evra u godini osiguravajućeg pokrića. Ove iznose navedeni davalac preporuke smatrao je prosečnim, jer u državama gde ima oko ili više od sto hiljada advokata, kao što je na primer Nemačka[28] sa 140.000 advokata, iznosi suma osiguranja su znatno viši.

3.3.9**.** U celini uzev, može se konstatovati da je sumarno regulisan u ZA pravni institut obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti advokata.

ZAKLJUČCI

1. Zakon o stečajnom postupku iz 2009.godine uveo je obavezno osiguranje i dopunsko osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika, dok je Zakonom o advokaturi iz 2011.godine uvedeno obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata.

2. U Zakonu o advokaturi pravni institut obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti sumarno je regulisan, dok se za obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika u Zakonu o stečajnom postupku može konstatovati da je u jednom delu sumarno regulisano. Bilo bi poželjno da se u odnosu na oba ova zakona preispitaju zakonska rešenja koja su u primeni i proceni potreba za njihovim noveliranjem u smislu iznetih predloga i sugestija u ovom radu.

---

[27] Nevenka Lalić: *Obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti sa osvrtom na advokatsku delatnost,* Pravni instruktor br. 19/2012, str. 60-62.

[28] Dr Z.Ilkić, fusnota br. 5.

SLOBODAN N. ILIJIĆ, LL.M.,
Member of the Presidency of Lawyers
Association of Serbia

COMPULSORY LIABILITY INSURANCE OF TWO TYPES OF LEGAL PROFESSIONS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper the author is considering provisions of the Law on Banktuptcy, which regulate compulsory and additional proffesional liability insurance for bankruptcy managers, as well as provisions of the Legal Proffesion Act, which regulate compulsory professional indemnity for lawyers. Article No. 30 of the Law on Bankruptcy envisaged the minimal amount of sum insured for proffesional liability insurance for bankruptcy managers, and over the minimal amount the Law envisages conclusion of additional proffesional liability insurance for bankruptcy managers.

Speaking of the compulsory proffesional liability insurance, the subject-matter insured, ie. the scope of insurance coverage, circle of parties that are subject to damage, error or ommision of the bankruptcy manager, as well as other elements of a proffesional liability insurance contract for bankruptcy managers, are summarialy regulated.

The Article No. 37 of the Legal Proffesion Act envisaged only the compulsory professional indemnity for lawyers. In the Article No. 37 of the Legal Practice Act are summarily regulated the minimal amount of the sum insured, subject-matter insured, ie. the scope of insurance coverage, circle of parties that are subject to damage and other elements of contract on compulsory professional indemnity for lawyers. In the conclusions, the author advocated that the legislator shall consider the need of ammending both of the mentioned laws, in the sense of proposals and suggestions made in this paper.

JELENA S. PEROVIĆ

INERPLAY BETWEEN THE CISG AND OTHER LEGAL SOURCES OF CONTRACT LAW (OR CONTRACT PRINCIPLES)

– on the example of clauses excluding or limiting the liability –

INTRODUCTORY REMARKS

The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is one of the most important international uniform law instruments, as evidenced both by number of Contracting States (89) and number of cases dealing worldwide with its uniform rules. The CISG has been the centre of a tremendous interest in legal writing and has drawn the attention of domestic and international legislators. Thus, the understanding of the advantages of the application of the CISG and its uniform and autonomous interpretation is of great importance for the parties in international commerce and for the courts all over the world.[1] However, the application of the CISG is subject to significant limitations,

Prof. Dr. Jelena S. Perović, University of Belgrade Faculty of Economics. Ovaj rad je originalno objavljen u Zborniku radova sa međunarodne konferencije *35 Years of CISG – Present Experiences and Future Challenges – organized by the UNCITRAL Secretariat and the Faculty of Law, University of Zagreb, December 1-2, 2015, Zagreb 2017*, str. 11-37. Rad se ovde objavljuje uz dozvolu Redakcije navedenog Zbornika, na čemu se autor Redakciji zahvaljuje.

[1] See for details Perović J., *Selected Critical Issues Regarding the Sphere of Application of the CISG*, Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade Law Review, Journal of Legal and Social Sciences University of Belgrade, Year LIX.2011. no. 3, p. 181-196.

therefore the parties to a contract for the international sale of goods governed by the CISG may not rely on the exclusive application of the Convention, but must rather consider other relevant sources of the contract law.

The limitations on the application of the CISG arise from the rules of the Convention governing the sphere of its application (Articles 1-6). Under these rules, the application of the Convention is subject to fulfilment of certain requirements related to the contract of sale of goods (application *ratione materiae*), which needs to be international in its character *i.e.* concluded between the parties whose places of business are in different states (application *ratione personae*) when the states are Contracting States (direct application) or when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State (indirect application).[2] On the other hand, the Convention excludes certain categories of sales from the sphere of its application,[3] whilst setting down special requirements with regard to the contracts for the supply of goods to be manufactured or produced and the mixed contracts.[4] The Convention is not concerned with the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage, nor

[2] Article 1 Paragraph 1 of the Convention. Furthermore, Paragraph 2 provides that the fact that the parties have their places of business in different states is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. Under Paragraph 3, neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of the Convention. Certain reservations are permitted to Contracting States with regard to the above rules, as provided in Articles 94 and 95 of the Convention.

[3] Article 2 of the Convention. The contracts of sale excluded from the CISG's field of application may be divided into three categories, based on the reasons for their exclusion: sales excluded based on the purpose of the acquisition of goods, sales excluded based on the type of transaction, sales excluded based on the type of goods. With regard to the purpose of acquisition, any goods bought for "personal, family or household use" *i.e.* any goods acquired for non-professional usage, fall outside the scope of the Convention. This exclusion sets the requirement that the goods must be acquired for business purposes, thus *de facto* reducing the CISG's sphere of application to commercial sales (still, v. Article 1 Paragraph 3 of the Convention). Bearing in mind the type of transaction, the exclusions are provided for sales by auction, on execution, or otherwise by authority of law. The criterion based on the kind of goods excludes the sales of securities and money, of ships, vessels, hovercrafts and aircrafts and electricity from the scope of the Convention. For more details on Article 2 of the Convention see Spohnheimer F., "*Art. 2*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, C.H. Beck Hart Nomos, München, 2011, p. 39–52.

[4] Article 3 of the Convention.

with the effect which the contract may have on the property in the goods sold[5] and it does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.[6] The parties may, by mutual agreement, exclude the application of the Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions ("opting–out" approach).[7]

Broadly speaking, it may be inferred from the above rules that the CISG neither governs all international sales transactions, nor covers all issues that may arise from a contract for the international sale of goods. On the other hand, even where all of the CISG's applicability requirements are met, the central role that the principle of party autonomy plays in the CISG allows the parties to opt out of the Convention in part (derogation or modification) or in whole (exclusion). Consequently, the incorporation of the CISG in the legal systems of the countries of the parties is not sufficient to avoid problems that may arise in connection with contracts for the international sale of goods. In other words, the parties need to be aware of the fact that whenever problems arise outside the scope of the CISG, other sources of contract law relevant for resolving the issue at hand will come into play.[8]

The purpose of this article is to examine the interplay between the CISG and other sources of contract law within the context of clauses excluding or limiting liability in the contracts for the international sale of goods governed by the CISG. It is on the example of these clauses, whose validity is not governed by the CISG, so often encountered in international contract practice, that this paper endeavours to furnish an answer to the question why one has to look beyond the CISG[9] *i.e.* why other sources of contract law need to be taken into consideration in international sales transactions.

---

[5] Article 4 of the Convention. For a detailed commentary of Article 4 CISG see Djordjevic M. "*Art. 4*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 62–88.

[6] Article 5 of the Convention. For a detailed commentary of Article 5 of the Convention see L. Mistelis, J. Ribeiro, *"Art. 5"* in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 89–98.

[7] Article 6.

[8] See in that respect Ferrari F., *What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG*, 25 International Review of Law and Economics (September 2005), p. 314-341.

[9] Ferrari F., ibidem.

Clauses excluding or limiting the liability in general

Clauses excluding or limiting the liability have been the object of much suspicion and guarded views in comparative law, being a deviation from the general rules on liability for damages arising from fundamental moral values and categories. One of the underlying principles of the law of obligations is the principle of prohibition against causing loss, whereby any person causing loss to another must compensate such loss. Any departures from this principle may upset the delicate balance of rights and obligations of the parties, thus creating a high degree of legal uncertainty in contractual relations. Still, based on the freedom of contract principle, it is widely recognised that the parties, by mutual agreement, may exclude or limit the liability for damages. Consequently, the clauses excluding or limiting the liability, although subject to significant restrictions, are in principle[10] valid in most legal systems.

In practice, the clauses excluding or limiting the liability are often imposed by the economically stronger party, thus placing the other party in an unfair position. The party benefiting from the agreed exclusion or limitation of liability would often exercise less care in performance of its contractual obligations than would normally have been applied in the absence of such a clause. In extreme cases, such clauses may allow for total non-performance of the obligations by the party to whose benefit they operate, leaving the other party with no recourse to claim damages or significantly limiting the scope of such a claim. As a rule, the limitation clauses, and in particular the exclusion clauses, carry a risk of non-performance of contractual obligations and may create uncertainty in contractual relationships, therefore contractual parties need to devote special attention to this issue.[11]

---

[10] See Fontaine M., De Ly F., *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 383 ff.; Lando O., Beale H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 387, stating: "*The practice of relying on limitation and exclusion clauses is widely recognised by national laws and used by business practice*". Limitation clauses are fairly standard in international contract practice, as evidenced by the very fact that they have been incorporated into the ICC Model International Sales Contract, ICC Publication No 738, Part A Clause 11, as well as ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods, *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, International Trade Centre, Geneva, 2010, p. 41- optional Article 8.3.

[11] For more details on clauses excluding and limiting the liability see Perović J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorim (Standard Clauses in International Commercial Contracts)*, Belgrade, 2012, p. 95-135.

Validity of clauses excluding or limiting the liability in contracts governed by the CISG

Clauses excluding or limiting the liability from the perspective of the validity exception in Art 4 CISG

Matters not governed by the CISG are addressed in Article 4 of the Convention, providing that "This Convention governs only the formation of contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: a) validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold". The list provided in Article 4 is not exhaustive, so there may be numerous other issues that the Convention is not concerned with.[12] In the light of this rule[13] it is evident that other sources of law may become relevant to international contracts for the sale of goods, even where these contracts are subject to the CISG.[14] This fact becomes all the more conspicuous in the context of the clauses excluding and limiting the liability.

The validity of exclusion or limitation clauses is not governed by the CISG; in principle, it is subject to the applicable domestic law. However, in determining the validity of these clauses in a contract governed by the CISG, the principles of the CISG are to be taken into account.[15] The comments on the Convention emphasize that the CISG provides guidelines for the application of domestic law tests, from which it may be inferred in general that the CISG precludes parties from relying on facts they themselves gave rise to. Thus, the promisor cannot exclude its liability for intentional or grossly negligent conduct since it is not compatible with the principle of good faith and fair dealing. Furthermore, the aggrieved party must not be placed in a position where it is left with no remedies at all;

[12] See Djordjevic M. "Art 4" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 62-88.

[13] As well as Article 5 of the Convention providing that the Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

[14] See Ferrari F., *What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG*, op. cit., p. 314 ff.

[15] Schwenzer I., "*Art. 74*" in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third Edition, (ed. I. Schwenzer), Oxford University Press, 2010, p. 1023.

he must retain at least a minimum adequate remedy. Finally, Article 40 prevents the seller from relying on the buyer's breach of its obligation to give notice of defect, if the seller knew or could not have been unaware of the non-conformity of goods.[16]

In accordance with these guiding principles and in line with Article 6 endorsing party autonomy, the parties may variously address the issue of exclusion or limitation of the liability in contractual terms.[17] Thus, with regard to Article 45, providing for the buyer's remedies in case of breach of contract by the seller[18], and Article 61, providing for the seller's remedies in case of breach of contract by the buyer,[19] the parties may limit liability to certain type of remedies (e.g. limitation to the remedy of performance and exclusion of the right to claim damages). Furthermore, the parties may limit liability to a certain type of damages (e.g. exclusion of liability for loss of profit or for consequential damages)[20], to a certain

[16] Schwenzer I., Hachem P., *"Art. 4"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 92; Brunner Ch., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, *Exemption for Non-performance in International Arbitration,* Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 152.

[17] For extensive discussion of the clauses excluding or limiting the liability in international contract practice see Fontaine M., De Ly F., op. cit., p. 391 ff.

[18] In general about Article 45, see for example Müller-Chen M. "*Art. 45*" in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* op. cit., p. 689-704; Huber p. "*Art. 45*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 681-686; Honnold J.O., *Uniform Law for International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 301-303; Neumayer K.H., Ming, C., *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Cedidac, Lausanne, 1993, p. 326-328; Audit B., *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980,* L.G.D.J., Paris, 1990, p. 120-121.

[19] In general about Article 61, see for example Mohs F. "*Art. 61*"in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* op. cit., p. 868-875; Bell G.F. "*Art. 61*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 854-857; Neumayer K.H., Ming, C., op. cit., p. 391-394; Audit B., op. cit., p. 146 ff.

[20] Recoverable types of loss under the CISG include non-performance loss, incidental loss and consequential loss resulting from breach of contract. For more details about categories of loss under the CISG, Schwenzer I., *"Art. 74"*in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 1006-1015; Stoll H., Gruber G., *"Art. 74"* in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, second (English) edition, (eds. p. Schlechtriem, I. Schwenzer), Oxford University Press, 2005, p. 753-758. For more details about consequential damages under the CISG and in comparative law see Perović J., *Etendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la Convention de Vienne sur les con-*

type of conduct (e.g. limitation of liability to intentional or grossly negligent conduct, excluding liability for simple negligence), to a certain amount of money,[21] to a certain type of breach of contract, or they may exclude damages altogether.[22]

Where exclusion or limitation clauses are contained in *standard business terms*, the question whether or not the parties may exempt themselves from liability based on such clauses, is a matter of *validity* of the contract which, pursuant to Article 4, is not governed by the CISG and should be subject to the applicable domestic law.[23] On the other hand, according to the prevailing view in doctrine[24] and case law,[25] the question whether standard terms are incorporated into a con-

trats de vente internationale de marchandises – Quid en particulier des clauses excluant les consequential damages? Revue de droit International et de droit comparé, Bruylant, Bruxelles, 4/2010.

[21] For different modalities of clauses limiting liability to a certain amount see Perovic J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima,* op. cit., p. 131 ff.

[22] For more details see Brunner Ch., op. cit., p. 150-156.

[23] See Ferrari F. "*Part II Formation of Contract"* in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 211, stating, among other things: "*However, if for the purpose of deciding whether a contract term is valid the applicable domestic law requires one to evaluate the contents of a contract term in light of whether it meets certain standards (such as reasonableness), the evaluation must take into account the CISG's standards (on reasonableness)*".

[24] Ferrari F, ibidem; Huber P., *Standard Terms under the CISG*, 13 Vimbadona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2009, p. 123-134; Djordjevic M. op. cit., p. 73-74; Magnus U., *Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG* in Andersen, C. and Schroeter U. (eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, Wildy, Simmonds & Hill Publishers, p. 303.

[25] See for example decision of Oberlandesgericht Zweibrücken 31 March 1998, CISG online 481, stating: "... *The CISG does not contain specific rules regarding the inclusion of standard terms of business into a contract. These requirements are to be derived from the provisions of Art. 8 CISG, which generally govern the interpretation of statements made by and conduct of a party to a contract within the scope of the Convention. Hence, one party's standard terms of business may already become part of an offer if this follows from the understanding a reasonable person would have considering the negotiations, or the established practices among the parties (Art. 8(3) CISG). In case the standard terms of business are not attached to the offer, the offer must make clear and explicit reference to the standard terms in a way a reasonable person of the same kind as the other party would understand it (see v. Caemmerer/Schlechtriem, UN-Kaufrecht, 2nd ed., Art. 14 note 6). Apart from this, the recipient of a contract offer that is supposed to be based on standard terms must have had the possibility to become aware of the content of the standard terms in a reasonable manner. In accordance with the prevailing opinion (see: Staudinger/Magnus, BGB Wiener UN-Kaufrecht (1994), Art. 14 note 40 with further references) the Court finds that only CISG provisions shall govern the question of effective incorporation of standard terms and conditions into contracts within the scope of the Convention. Recourse to national law provisions that would be applicable based on a conflict of laws analysis-- such as for in-*

tract is subject to the CISG rules on contract formation (Article 14 *et seq*) and is to be interpreted according to Article 8 CISG.[26] The rules of the CISG also apply to the issue of conflicting standard terms (battle of forms).[27]

Clauses excluding or limiting the liability in other sources of contract law

An analysis of the relevant CISG's rules and principles leads to the conclusion that in contracts for the international sale of goods governed by the CISG, other sources of uniform contract law become relevant when it comes to the issue of the substantive validity of exclusion or limitation clauses. Bearing in mind the complexity of this issue, as well as distinctly different approaches to the rules on exclusion and limitation clauses in comparative law, [28] an overview of *selected* rules from other sources of law relevant to the validity and/or effectiveness of exclusion and limitation clauses is given below.

With regard to the sources of uniform rules of contract law, the validity of exclusion or limitation clauses is addressed in UNIDROIT Principles[29] (Article 7.1.6) which provide that a clause limiting or excluding one party's liability for non-performance may not be invoked if it would be *grossly unfair* to do so, having

stance Para. 2 of the German General Terms and Conditions Act (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; AGBG)-- is generally not available. Thus, through an interpretation according to Art. 8 CISG, it must be determined whether the standard terms of business have been effectively incorporated into the contract". For further references to case law see Djordjevic M., op. cit., p. 73.

[26] Where the meaning of a standard term is unclear the principles of Article 8 should be applied, in particular *interpretatio contra preferentem.* See Schwenzer I., *"Art. 74"*in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 79. For *contra preferentem* rule in other sources of uniform contract law see Perovic J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima,* op. cit., p. 124.

[27] This position is widely recognised in the doctrine. For more details see Schroeter U.G. "*Art. 19"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* op. cit., p. 347-355.

[28] Comparative law discussion, Eörsi G., *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability,* 23, American Journal of Comparative Law, 1975, p. 215 ff.

[29] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010.

regard to the purpose of the contract. The comments of the UNIDROIT Principles note in that respect: "This will above all be the case where the term is inherently unfair and its application would lead to an evident imbalance between the performances of the parties. Moreover, there may be circumstances in which even a term that is not in itself manifestly unfair may not be relied upon: for instance, where non-performance is the result of grossly negligent conduct or where the aggrieved party could not have obviated the consequences of the limitation or exclusion of liability by taking out appropriate insurance".[30] On the other hand, PECL[31] (Article 8:109) expressly prevents application of the clause excluding or limiting liability if it would be contrary to *good faith and fair dealing* to invoke it. Consequently, "if to invoke the clause is found to be contrary to good faith and fair dealing, the exemption clause will not operate (whether it is treated as null, void or unenforceable)".[32] DCFR offers a similar solution, based on good faith and fair dealing.[33]

With regard to domestic laws, express rules concerning the exclusion or limitation clauses are contained, for example, in Swiss Code of Obligations,[34] German Civil Code,[35] Italian Civil Code,[36] Spanish Civil Code,[37] Civil Code of Québec,[38] Serbian Law on Obligations,[39] American Uniform Commercial Code

[30] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, UNIDROIT, Rome, 2010, comment No.5 on Article 7.1.6, p. 235.

[31] Principles of European Contract Law.

[32] Lando O., Beale H., op. cit., comment on Article 8:109, p. 388.

[33] Draft Common Frame of Reference III.-3:105.

[34] Article 100. For this issue in Swiss law see for example Marchand S., *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 195 ff.

[35] Article 276 BGB (see also sections 307, 308, 309). See Schwenzer I, "*Art. 35*" in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 589.

[36] Art 1229.

[37] Art 1102.

[38] Art 1474.

[39] Art 265. In detail, Perovic J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima,* op. cit. p. 95-135.

under which a valid disclaimer requires special wording,[40] and others.[41] In contrast, civil codes in some other domestic laws, such as French[42] and Belgian law, do not provide for express rules about this type of clauses, and the issue of their validity is settled in court practice.[43] Within domestic laws, a difference in approach is particularly conspicuous with regard to the issue of exclusion of liability arising from the law of tort. Thus, in French law, such an exclusion of liability is void, because these rules are deemed to be of public policy[44] and, conver-

[40] Arts. 2–316, 2–719 UCC. See in that respect DiMatteo L.A., *Law on International Contracting, Kluwer Law International*, Wolters Kluwer Law&Business, Second Edition, 2009, p. 251, where the author states "*Oftentimes a seller will attempt to disclaim all warranties, express or implied, or will want to limit its liability through a limited express warranty. Section 2-316 of the UCC allows for such disclaimer only through the use of clear and conspicuous language... In contrast, the CISG provides no formal requirements for disclaimers*". Bearing in mind disclaimers in US law, in Kröll S., "*Art. 35"* in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas p. ,(eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 531-532, it is concluded "*...where under national law a valid disclaimer requires special wording, the latter may be based on the formulations used for implied warranties in the national law and therefore not be applicable or at least suitable for CISG contracts*".

[41] With respect to exclusion and limitation clauses in English law, one may cite the comment on Article 8:109 PECL in Lando O., Beale H., op. cit., p. 388-389 which states as follows "*The English Unfair Contract Terms Act 1977 applies rules dealing with contracts between businessmen and with consumer contracts. Exemption and limitation clauses may either be invalid per se or valid only if they are reasonable. In matters not covered by the Act, such as most international contracts, the House of Lords after some judicial hesitation has laid down a rule of interpretation that an exclusion clause will normally not apply when there has been breach of a fundamental term, a fundamental breach or simply a serious breach, see Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd (1980) A.C. 827 (H.L). But the courts have frequently used such rules of construction to prevent a party relying on a clause when the circumstances of the case seem outside of what could have been contemplated by the parties. It will be possible to exclude or limit liability for gross negligence and even intentional breach of contract if clear enough wording is used.*" Ruling on the above case *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd (1980) A.C. 827 (H.L),* the House of Lords stated, among other things: "*The questions whether, and to what extent, an exclusion clause is to be applied to a fundamental breach are simply a matter of construction of the contract*". Cited from Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 504-505.

[42] For this issue in French law see Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil Les obligations*, 6e éd, Paris, Dalloz, 1996, p. 486, stating "*La jurisprudence admet, en principe, la validité des clauses de non-responsabilité, sauf dans certains cas où des raisons diverses la conduisent à les annuler*".

[43] For extensive comparative discussion of these rules see Fontaine M., De Ly F., op. cit. p. 416 ff.; Lando O., Beale H., op. cit. p. 388–389.

[44] See Terré F., Simler Ph., Lequette Y., ibidem, stating "*La jurisprudence oppose on cette matière la responsabilité contractulle à la responsabilité délictuelle. Elle decide que, sur le terrain da l'article 1382 (responsabilité délictuelle), les clauses de non-responsabilité sont contraires à l'ordre public; qu'à l'inverse ells sont valuable en ce qui concerne la responsabilité contractulle*".

sely, it is deemed valid, for example, in Swiss law,[45] Belgian and Italian law,[46] and the US law.[47]

Certain sources of contract law provide for special rules about the exclusion or limitation clauses contained in standard terms. With regard to the sources of uniform rules of contract law, UNIDROIT Principles state, under the title "*Surprising terms*" (Article 2.1.20): "(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party. (2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation". In accordance with this rule, the effectiveness of clauses excluding or limiting liability in standard terms depends chiefly on whether such clauses are considered to be "surprising terms" or rather common in the trade sector concerned and whether they are consistent with the way in which the parties conducted their negotiations.[48]

On the other hand, when exclusion or limitation clauses are contained in standard terms, the PECL rules[49] about clauses excluding or restricting remedies

[45] See Marchand S., op. cit. p. 197, stating "*Il est admis en droit Suisse que la responsabilité délictuelle peut également être exclue par contrat* with reference to the decisions of the Swiss Federal Tribunal (ATF 120 II 58; ATF 107 II 161*).Ces exclusions sont cependant limitées par les règles impératives de la loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP 8), et les autres norms imperatives relatives aux responsabilités objectives*".

[46] Fontaine M., De Ly F., op. cit., p. 418.

[47] DiMatteo L.A., op. cit. p. 251, where the author, in the context of Section 2-316 of the UCC states "*Any disclaimers of tort liability should expressly state what torts are being disclaimed*".

[48] The comments of the UNIDROIT Principles note in that respect: "*A particular term contained in standard terms may come as a surprise to the adhering party first by reason of its content. This is the case whenever the content of the term in question is such that a reasonable person of the same kind as the adhering party would not have expected it in the type of standard terms involved. In determining whether or not a term is unusual, regard must be had on the one hand to the terms which are commonly to be found in the trade sector concerned, and on the other to the individual negotiations between the parties. Thus, for example, a term excluding or limiting the contractual liability of the proponent may or may not be considered to be "surprising", and in consequence ineffective in a particular case, its effectiveness depending on whether or not terms of that kind are common in the trade sector concerned, and are consistent with the way in which the parties conducted their negotiations*." UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, UNIDROIT, Rome, 2010, comment No.2 on Article 2.1.20, p. 68.

[49] In DCFR, a number of provisions bear relevance to the clauses excluding or limiting the liability. In the first place, DCFR defines "terms not individually negotiated" by stating that "a term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of stand-

(Article 8:109) are related to the criterion used in Article 4:110 on "*Unfair terms not individually negotiated*" (Article 4:110), namely the test of "*significant imbalance*" in the parties' rights and obligations, contrary to the requirements of "*good faith and fair dealing.*" While Article 8:109 applies only to clauses excluding or limiting liability and may apply even to a clause which has been individually negotiated, Article 4:110 applies to any type of clause which may be unfair, but only if the clause was not individually negotiated.[50]

In addition to the uniform rules, some domestic laws also contain special, more strict rules about clauses excluding or limiting liability in standard terms, even with respect to commercial contracts.[51] Article 307 of the German Civil Code is often cited by way of illustration[52] providing that:"(1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.(2) An unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision 1. is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or 2. limits essential rights or duties inhe-

ard terms" (II.-1:110.1), and further provides that "terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party's attention to them, before or when the contract was concluded" (II.-9:103.1). It should be noted that DCFR contains a separate section titled "Unfair terms" whose rules are mandatory in nature (II.-9:401). The section defines the meaning of "unfair" in contracts between businesses by stating that "A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing" (II.-9:405). As for the effects of a term which is unfair under these rules, DCFR provides that such a term is not binding on the party who did not supply it (II.-9:408).

[50] See Lando O., Beale H., op. cit., p. 266-271 and p. 387, stating in this regard "*It should be noted that the test in Article 8:109 is less severe than that in Article 4:110. It may be contrary to good faith and fair dealing to include a very broad limitation of liability clause when the clause has not been negotiated, and the clause will be invalid under Article 4:110, even though under the criteria used in Article 8:109 it would not be unfair to limit liability in the actual circumstances which have subsequently arisen*".

[51] For extensive comparative law discussion citing the case law see Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., op. cit., p. 494-554.

[52] See Huber P., *Standard Terms under the CISG*, op. cit., p. 123-134.

rent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardised. [...]".[53]

An analysis of the solutions offered in comparative law with regard to the clauses excluding or limiting liability leads to the conclusion that there are different criteria of validity and/or effectiveness of these clauses.[54] In that regard, some sources of law expressly reject the application of clauses excluding or limiting liability if they would be contrary to *good faith and fair dealing*, some disallow clauses considered to be "*unreasonable*" or "*grossly unfair*", some require special wording for validity of disclaimers, while some provide that liability may not be excluded in case of intent, whilst other extend this limitation to gross negligence.[55] In this context, the prevalent position in comparative law is that a clause under which liability is excluded shall be considered invalid in case of intentional non-performance. Conversely, when it comes to gross negligence, the positions differ. Thus, for example, in Italian, French[56] and Serbian law, the promisor's liability for gross negligence may not be excluded under a contract, while the Belgian, as well as the Mexican law in principle allow for such a possibility.[57] Finally, the differences in positions adopted by domestic laws are particularly evident when it comes to the issue of exclusion of liability arising from the law of tort. Bearing in mind the conspicuous differences in positions among different sources of contract law, it should be underlined that, in deciding whether the clause on exclusion or limitation of liability in the contract governed by the CISG is valid,

[53] Serbian Law on Obligations also contains special rules addressing this issue, pronouncing void any standard terms contrary to the purpose of the contract or fair business practices. Furthermore, the court may deny application of specific standard terms precluding the other party from raising objections or those depriving such party of its contractual rights or rights to time limits, or those which are otherwise unjust or excessively strict towards such party (Article 143.1 and 2). For more details see Perović J. *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima,* op. cit., p. 123 ff.

[54] For extensive comparative discussion of case law see Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., op. cit., p. 495 ff.

[55] For more details about admissibility of these criteria in comparative law see Lando O., Beale H., ibidem.

[56] Terré F., Simler Ph., Lequette Y., op. cit., p. 488, where authors state "*On ne peut, par avance, s'exonérer de son dol, de sa faute intentionelle, à laquelle, en general, on assimile la faute lourde*". See for example decision *Civ. Com., 15 June 1959* on rotting vegetables, where the court held that a clause seeking to exclude liability for breach of contract will be disregarded where the relevant breach of contract occurred intentionally (*dol*) or resulted from gross negligence (*faute lourde*). Cited from Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., op. cit., p. 502-503.

[57] Fontaine M, De Ly F, op. cit., p. 417.

the courts must take into account the principles of the CISG and the appropriate CISG' standards (such as reasonableness) when applying domestic law tests.

Contractual exclusion or limitation of liability for lack of conformity in the context of Article 35 CISG

In international contract practice, the issue of contractual exclusion or limitation of liability is often raised in the context of Article 35 which is the foundation of the CISG's regime for liability for lack of conformity. Article 35(1) refers to the requirements which the seller has to meet in relation to conformity of goods agreed upon by the *contract*. On the other hand, Article 35(2) which sets out objective criteria to be used in order to determine the conformity of goods, applies "*except where the parties have agreed otherwise*". In that respect, certain authors argue that liability for lack of conformity can be excluded or limited under Article 35 (2) but not under Article 35(1) because only Article 35(2) explicitly refers to an agreement to the contrary.[58]

However, this interpretation has been rejected by most commentators of the Convention, who maintain, based on the party autonomy principle endorsed by Article 6 of the Convention, that the parties may exclude the provisions of Article 35 in whole or in part, both under Article 35(1) and Article 35(2) and that "exclusion or limitation of liability are generally possible even where the features of the goods or their packaging have been agreed in the contract".[59] In both cases it should be borne in mind that whilst the incorporation of disclaimer clauses is determined by Article 14 and their interpretation by Article 8,[60] their validity is not go-

[58] Hyland, *Conformity of Goods to the Contract under the United nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code,* in Schlechtriem (ed), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 305-41; Hancock, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code,* in Hancock (ed), *Guide to the International Sale of Goods Convention,* Chesterland, Ohio: Business Laws, 1992, 106.01-106.21, cited from Schwenzer I, "*Art. 35*" in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 589.

[59] Schwenzer I, "*Art. 35*" in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 589; Kröll S., "*Art. 35*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas p., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, C.H. Beck Hart Nomos, München, 2011, p. 531.

[60] See Schwenzer I., ibidem; Kröll S, op. cit., p. 530-531.

verned by the CISG. Therefore, the seller who intends to exclude its liability for contractually agreed conformity requirements should always consider the possibility of such clause being deemed invalid under the domestic law applicable under the rules of private international law.[61] This particularly applies to the clauses which exclude liability for fraudulent acts, which are considered invalid as a rule.

Still, the rules of national laws apply only to the *contractual* clauses on exclusion or limitation of liability. Conversely, where certain requirements have been met, the seller may avail itself of Article 35(3) stating that the seller is not liable under Article 35(2) if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the lack of conformity.[62] In such case, the seller bears the burden of proof concerning the fact that at the time of the conclusion of the contract the buyer "knew or could not have been unaware" of a lack of conformity.[63]

---

[61] See Kröll S., "*Art. 35*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas p., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit. p. 531, stating, in the context of validity of these clauses: "*However, courts are generally reluctant to interpret broadly worded disclaimer clauses to cover contractually agreed conformity standards, i.e. express warranties. Moreover, clauses which purport to exclude liability for contractually agreed conformity standards will probably be considered invalid, if they cannot be interpreted in a way which excludes the clear contradiction to the obligation assumed*".

[62] For the standard of care required by Article 35(3) CISG, see for example Heuzé V., *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J, 2000, p. 257 ff.; Troiano S., *The exclusion of the seller's liability for recognizable lacks of conformity under the CISG and the New European Sales law: the changing fortunes of a notion of variable content*, in *The 1980 Uniform Sales Law Old Issues Revised in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference 2003, Franco Ferrari (ed.), Sellier European Law Publishers, Giuffrè Editore, 2003, p. 147-167; Audit B., op. cit., p. 98-99.

[63] Schwenzer I, "*Art.35*" in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. p. 594; Kröll S., "*Art. 35*" in Kröll S., Mistelis L., Perales Viscasillas P., (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 539. For the case law in that respect see Oberlandesgericht Saarbrücken (Saarländisches Oberlandesgericht) 17 January 2007, CISG-Online 351, where the Court states "*Seller bears the burden to demonstrate and prove that the requirements for an exemption from liability are fulfilled if it seeks to rely on the provision... Seller has not done so. The mere and flat submission that the goods have always been packaged in such and that (Shipper) had been aware of it is insufficient. Seller would have had to make specific submissions in respect of other instances or similar but uncontested packaging*".

Clauses excluding or limiting the liability
in the context of Article 74 CISG

Parties' freedom of contract in regulating the scope of their liability is of particular importance in the context of Article 74 CISG which governs the scope of the buyer's and the seller's claims to compensation for a breach of contractual obligations. Article 74 is based on the principle of *full compensation* and limitation of liability by the *foreseeability rule*[64] and operates as a general provision of the Convention for the calculation of damages.[65] In this context, Article 74 provides: "Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract".[66]

Article 74 CISG applies to breach of contract by the seller[67] or the buyer,[68] and where the contract is avoided under Articles 75 and 76 of the Convention. Furthermore, the promisor's liability is limited by Article 77, according to which the aggrieved party is obliged to mitigate the loss. Finally, the buyer who has failed to give notice of non-conformity or the nature of the right or claim of the third party within a reasonable time, looses the right to claim compensation for the loss of profit.[69]

[64] In detail, Perović J., *Etendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Quid en particulier des clauses excluant les consequential damages?,* op. cit., p. 571-604.

[65] See Stoll H., Gruber G., "*Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, second (English) edition, (eds. p. Schlechtriem, I.Schwenzer), op. cit., p. 746 ff.

[66] This rule was taken from Article 82 of The Hague Uniform International Sales Law, 1964 (ULIS), the difference being that Article 74 of the Convention applies even in cases of contract avoidance, whilst the ULIS rules apply only to the cases where the contract was not avoided.

[67] See Article 45.1 of the Convention.

[68] See Article 61 of the Convention.

[69] See Articles 39, 43 and 44 of the Convention.

Claim for damages in terms of Article 74 may be raised if a party fails to perform any of its obligations under the contract or the Convention.[70] Non-performance does not need to constitute a fundamental breach of contract in terms of Article 25 CISG for the right to damages to be exercised.[71] Under the Convention, only the loss caused directly or indirectly by a breach of contract may be recoverable. In principle, for liability for damages it is sufficient that the breach has been the precondition for the occurrence of the loss (*conditio sine qua non, but-for rule*).[72] A claim for damages may be raised independently or concurrently with other remedies, such as a claim for contract performance, for reduction of the price or for avoidance of the contract.[73] The text of the Convention implies that the compensation must be made in money.[74]

The principle of full compensation, whereby damages consist of the effective loss suffered (*damnum emergens*) and the profit lost (*lucrum cessans*), is widely recognised in comparative law.[75] According to this principle, the aggrieved party must be placed in the same financial position as he would have been had the

[70] Articles 45.1 and 61.1 of the Convention.

[71] For fundamental breach of contract see Perović J., *La contravention essentielle au contrat comme fondement à le résolution des contrats dans les codifications de droit uniforme*, Revue de droit international et de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2008, nos 2 et 3, p. 272–306; same author, *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe (Fundamental Breach of Contract – International Sale of Goods),* Belgrade, 2004.

[72] Schwenzer I., "*Art. 74*" in p. Shclechtriem,, I. Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), op. cit., p. 1003, stating: "*The mere breach of a contractual obligation is sufficient to trigger liability*". For more details on the issue of causation in the CISG see Saidov Dj., *The Law of Damages in International Sales The CISG and Other International Instruments*, Portland, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 79–101.

[73] Neumayer K.H., Ming C., op. cit. p. 482.

[74] See for more details Neumayer K.H., Ming C., op. cit., p. 486; Schwenzer I., "*Art. 74*" in p. Shclechtriem,, I. Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), op. cit., p. 1005.

[75] Likewise, it is adopted in UNIDROIT Principles (Article 7.4.2), in PECL (Article 9.502) and DCFR (III.-3:702). Extensive discussion, Perović J., *Princip potpune naknade i pravilo predvidljivosti u Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe (The Principle of Full Compensation and Limitation of Liability by the Foreseeability Rule under the UN Convention on the International Sale of Goods),* Pravni život, no. 11, vol. III, Belgrade, 2010, p. 271–289.

contract been performed in full[76] (*performance principle*).[77] What matters for the aggrieved party is full compensation,[78] the fault of the other party being irrelevant under the Convention as a rule.[79] Under the Convention, the promisor is liable for all losses arising from a breach of contract irrespective of fault (*strict liability system*),[80] unless he is exempted from liability in accordance with Articles 79 and 80 or in case where *the parties have agreed otherwise*. In this context, the commentators of Article 74 emphasize that the aggrieved party is entitled to reimbursement for all losses, meaning all the losses suffered, including the expenses incurred by the aggrieved party in preventing or mitigating losses.[81]

[76] See McGregor H., *McGregor on Damages*, 18e éd., Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 199, stating: "*The starting point in resolving a problem as to the measure of damages for breach of contract is the rule that the claimant is entitled to be placed, so far as money can do it, in the same position as he would have been if had the contract been performed*". For details on this principle see Treitel G.H., *The Law of Contract*, 12e éd, London Sweet&Maxwell, 2007, Chapter 20, p. 991–1091.

[77] U *common law* system, this principle is designated as *"protection of the expectation/ performance interest"*. For further discussion about the relationship between the full compensation principle in *civil law* systems and "*performance interest"* in *common law* systems see Saidov Dj., op. cit., p. 25–29.

[78] Under the CISG, the extent of damages has to be determined so as to allow for the aggrieved party to achieve full compensation in view of the *purpose* of the particular contract. See Schwenzer I. *"Art. 74"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. p. 1005; Neumayer K.H., Ming C., op. cit., p. 497; Heuzé V., op. cit., p. 401; Audit B., op. cit., p. 163; CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.

[79] On the role of fault in exercising the right to damages see Perović S., *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima (Introduction to the Law on Obligations),* Belgrade, Sl. glasnik, 2009, p. 80 ff.

[80] For details on full compensation principle in the CISG see Schwenzer I. *"Art.74"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),*op. cit., p. 1000 ff.; Audit B., op. cit., p. 162 ff.; Neumayer K.H., Ming C., op. cit., p. 483; Heuzé V., op. cit. p. 400 ff.; Honnold J.O., op. cit., p. 445–449.

[81] Neumayer K.H., Ming C., op. cit., p. 487; Stoll H., Gruber G. "*Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, second (English) edition, (eds. p. Schlechtriem, I.Schwenzer), op. cit., p. 746; Schwenzer I., *"Art. 74"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 1010. This is expressly provided in UNIDROIT Principles (Article 7.4.8(2)), according to which "The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm" and in PECL (Article 9:505(2)).

On the other hand, the foreseeability rule, emanating from French law[82] and the English leading case *Hadley v. Baxendale* (*contemplation rule*),[83] limits the extent of damages to the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract. The foreseeability rule has been incorporated into a large number of national legal systems,[84] as well as into the sources of uniform rules of contract law: UNIDROIT Principles (Article 7.4.4), PECL (Article 9:503) and DCFR (III.-3:703). The limitation of liability to foreseeable loss is justified[85] by numerous arguments[86] suggesting, among other things, that this rule enables the parties to consider and take into account, already at the time of the conclusion of the contract, the potential financial consequences

[82] Although the notion of foreseeable loss is often associated with *common law*, it is worth noting that the legal framework for this term was embedded in French law. Already in the 16th century, Dumoulin formulated the rule whereby in determining the scope of damages, an account must be taken of the foreseeability of loss at the very time of the conclusion of the contract. The foreseeability rule was recognised in French theory, therefore the Civil Code adopted the rule stating: "*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérets qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est exécutée*" (Article 1150). For details on foreseeability rule in French law see Carbonnier J., *Droit civil*, Tome Second, 4e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, p. 515–516; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil Les obligations*, 6e éd, Paris, Dalloz, 1996, n. 538, 539 and 540; Bénabent A., *Droit civil Les obligations*, Paris, Montchrestien, 1995, n. 414 and 415.

[83] A landmark case from 1854, setting the rule for the foreseeability of loss in English law – *contemplation rule*. This rule was subsequently interpreted further in *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newsman Industries, Ltd.* (1949). For details on these cases see McGregor H, op. cit. p. 200 ff.; Murphey A.G., *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, The George Washington Journal of International Law and Economics, No 2, 1989, p. 430 ff.; *Benjamin's Sale of Goods,* 7e éd, Thomson Sweet&Maxwell, London, 2006, p. 988 ff.; *Anson's Law of Contract*, 25th (Century) Edition, ed. by A.G. Guest, Clarendon Press Oxford, 1979, p. 555 ff.; Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., op. cit. p. 821 ff.; Marsh p. D.V., *Comparative Contract Law England, France, Germany,* Gower, 1994, p. 314–315. For this rule in English *Sale of Goods Act (sec. 54)* and generally in the field of the sale of goods in English law, see Bridge M., *The Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, p. 571 ff. The foreseeability rule was also adopted by the US Uniform Commercial Code (Article 2–715).

[84] For comparative law discussion of this rule see Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., op. cit., p. 818 ff.

[85] The theory of adequate causation also justifies limitations on promisor's liability in case of a breach of contract. See Mazeaud H. et L., A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* Tome II, 5e éd, Paris, Éditions Montchrestien, p. 422 ff.

[86] For details see Saidov Dj, op. cit., p. 23.

arising from a breach of contract[87] and to prevent the possible liability,[88] and that the foreseeability rule allows for a fair and reasonable allocation of risk.[89]

Under the foreseeability rule contained in Article 74, the promisor is held liable only for the risks he could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract, bearing in mind all circumstances of the case and the purpose of the contract.[90] Commentators of Article 74 argue that "the foreseeability rule concerns only the consequences of liability independent of whether and to what extent the promisor is responsible for the breach". [91] This would imply that, unlike solutions adopted in certain other sources of contract law, under the CISG the foreseeability limitations also apply to the cases where the breach is attributable to the promisor's fault.[92] In this regard, the parties to a contract for the international sale of goods governed by the CISG should take into account that the position of the Convention does not correspond to the respective rules of those sources of contract law where the limitation of damages to foreseeable loss is inapplicable in cases of intentional or grossly negligent breaches of contract.[93]

---

[87] Neumayer K.H., Ming C., op. cit., p. 490.

[88] Schwenzer I., *"Art.74"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 1001.

[89] See Stoll H., Gruber G., "*Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, second (English) edition, (eds. p. Schlechtriem, I.Schwenzer), op. cit., p. 747, stating: "*The foreseeability rule thus fulfils the reasonable merchant's need to be able to calculate and limit his contractual liability*".

[90] Foreseeability is measured by applying the objective test, determining what a reasonable party in the same situation as the promisor could have foreseen, bearing in mind the circumstances at the time of the conclusion of the contract. The objective test is supplemented by subjective elements, determining that the particular promisor, under the particular circumstances, was able to foresee. See Gotanda J. "*Art. 74*", in S. Kröll, L. Mistelis, p. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, op. cit., p. 1003.

[91] Schwenzer I. "*Art. 74*", in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 1018; Audit B., op. cit., p. 163, stating: "*... la réparation est indépendante, selon la convention, de toute idée de faute*"; Stoll H., Gruber G., "*Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 764. Reservations with regard to the interpretation of this rule are expressed in Heuzé V., op. cit., p. 404.

[92] See the comment of Article 7.4.4. of the UNIDROIT Principles which follows the solution adopted in Article 74 CISG, in *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. p. 271-272.

[93] Within this context, some sources provide only for the intent, while others extend this rule to gross negligence. Overview of the respective rule in domestic laws, Lando O., Beale H., op. cit. p. 442-443. In that regard, the PECL states that "*The non-performing party is liable only for loss*

The relevant moment for determining foreseeability is the time of the conclusion of the contract,[94] taking into account the circumstances of which the party in breach was aware or ought to have been aware at that time.[95] Thus, in determining what is foreseeable in accordance with Article 74, the time of the breach of the contract is not taken into account, rendering irrelevant[96] the question whether the party in breach, after the time of the conclusion of the contract, learned of circumstances that indicate additional risk.[97]

---

which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent" (Article 9.503) and the corresponding rule in DCFR endorses the application of the foreseeability rule "*unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent*" (III.–3:703).

[94] See Saidov Dj., op. cit., p. 119 ff., stating: "*... the rule is generally fair: only the risk assumed by the party at the conclusion of the contract should, as a rule, be of legal significance because the time of making the contract is the only time when the party has an opportunity to protect itself (for example, by raising the price, excluding or limiting liability, or by procuring insurance). If foreseeability were to be assessed at a time after the contract was concluded, the party would be denied of opportunity for self-protection*".

[95] The time of the conclusion of the contract is considered relevant in *Hadley* case as well. In the case of *Gee v. Lancashire and Yorkshire Ry* (1860) an English court suggested that the time rule established in *Hadley* ruling be changed to allow for notice after the contract was made. This suggestion was not accepted in later decisions. For more details see Murphey A.G., op. cit., p. 446–451. The US Uniform Commercial Code in Article 2–715 also opts for the time of contracting.

[96] Neumayer K.H., Ming C., op. cit., p. 491; Stoll H., Gruber G, *"Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. p. 765; Heuzé V., op. cit., p. 403.

[97] The application of this test in court practice is adequately illustrated by the decision of the German Supreme Court (Decision BGH VIII ZR 201/78, 24 October 1979) which, ruling on the foreseeability of loss in a contract for the international sale, held the time of the conclusion of the contract to be decisive. In this case, a German importer entered into a contract for the sale of cheese with a Dutch exporter. Because 3% of the cheese delivered was defective, the buyer suffered loss, including lost profits as a result of the loss of four customers, damages paid to one of the buyer's customers who lost his own customers as a result of the defective cheese, and the loss of several delivery arrangements. In this case, two lower courts denied the buyer's claims for lost profit, stating that he could only recover lost profits if the seller could have foreseen such damages because 3% of the cheese was defective. However, the German Supreme Court took the reverse position noting that the seller knew *at the time of the formation of the contract* that the buyer was a reseller of the goods. Available at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g1.html. For an analysis of this case see Schneider E.C., *Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analyses of Two Decisions*, in Penn. J. Of Int'l B.L. 615, 1995, cited from DiMatteo L.A., Dhooge L.J., Greene S., Maurer V.G., Pagnattaro M.A., *International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005, p. 154.

According to the foreseeability rule under Article 74 CISG, only the damage incurred must have been foreseeable, not the breach of contract which constitutes the basis for the damages claim.[98] In this regard, a question is raised whether the foreseeability requirement relates to the type (nature) of loss, or to its extent, or involves both elements. Another question is whether the extent of loss relates to the general extent in terms of limits on the promisor's liability, or it requires foreseeability of the precise amount of loss.[99] The Convention is not clear on this issue, and the existence of different positions in the comparative law[100] further complicates the interpretation of this issue within the meaning of Article 74. If the issue is considered from the viewpoint of the practices of international commercial transactions, it is clear that the precise *amount* of loss cannot be foreseen in most cases; what the parties, as a rule, may be able to foresee at the time of the conclusion of the contract will be the nature of loss and its general extent.[101] Consequently, if the rule required foreseeability of the precise amount of loss, the aggrieved party would, in most cases, be deprived of damages. In that regard, it is stated in the Convention Commentaries that the decisive question for determining what is foreseeable within the meaning of Article 74, is whether the possibility of the occurrence of loss as well as the nature of loss were foreseeable to the promisor at the time of the conclusion of the contract. It is further argued that although it is not necessary for the promisor to have foreseen the precise amount of loss, the general extent must nevertheless have been foreseeable.[102]

---

[98] Schwenzer I., *"Art.74"* in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. p. 1020; Stoll H., Gruber G., "*Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 765–766.

[99] For a detailed analysis of these issues see Saidov Dj. op. cit. p. 113 ff.

[100] For different solutions to this issue in comparative law see Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D., op. cit., p. 818 ff.; Marsh p. D.V., op. cit., p. 313 ff. For this issue specifically in French law see Nicholas B., *The French Law of Contract*, 2e éd, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 230 ff.; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., op. cit. p. 439, stating the positions of the recent French jurisprudence according to which: "*... c'est la quotité du dommage qui doit être prise en consideration pour savoir ce que l'on entend par dommage prévisible*".

[101] See Saidov Dj, op. cit., p. 114 ff.

[102] Schwenzer I., "*Art. 74*", in Schlechtriem P., Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 1020. With regard to this issue, Heuzé V., op. cit., p. 404, as well as Audit B., op. cit., p. 163. Stoll H., Gruber G. "*Art. 74*" in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 766, expressly include foreseeability of causation in the foreseeability requirement. For this issue in arbitral practice see Van Houtte H., *The Vienna Sales Convention in ICC Arbitral Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vo. 11/No. 2–Fall 2000, p. 30.

In case law, however, this rule has different interpretations. In some cases, the courts and arbitral tribunals required foreseeability of the exact amount of loss under Article 74. Thus in a dispute before CIETAC,[103] the tribunal denied the claim raised by the buyer for compensation of lost profit holding that the difference between the contract price and the resale price was not foreseeable by the seller at the time of the conclusion of the contract.[104] On the other hand, in a dispute before ICAC,[105] the arbitral tribunal found that Article 74 CISG does not require foreseeability as to the extent of loss, but foreseeability relating to the type (nature) of loss that may arise from a breach of contract. In this case the buyer claimed from the seller the recovery of the amount of the penalty paid by the buyer to his contractor, whilst the seller argued that the amount of the penalty was unreasonably high and that he could not have foreseen it at the time of the conclusion of the contract. Based on the above interpretation, the arbitral tribunal held that foreseeability of the penalty itself was sufficient, the foreseeability of its amount by the promisor being irrelevant for the purpose of Article 74 CISG.[106] On the other hand, a large number of awards take the view that the extent of loss is required by the foreseeability rule. Thus, for example, in a contract for the international sale of goods, the buyer had to take out a loan to make an advance payment to the seller. However, due to a breach of contract by the seller, the buyer was rendered unable to return the loan on time and, as a result, had to pay additional interest on the sum in arrears. Deciding on the buyer's claim for damages against the seller, *District Court of Kuopio* (Finland) held that the seller could not foresee the interest rate on the sum in arrears in the buyer's country (Lithuania), considering that it essentially differed from interest rates in Western Europe, and awarded damages to the buyer by reference to the rate which, in the court's opinion, would be foreseeable to the seller.[107]

Bearing in mind different positions taken in case law with regard to the foreseeability requirements, as well as the fact that the Convention does not pro-

[103] China International Economic and Trade Arbitration Commission.

[104] CIETAC, 01.02.2000 (Silicon and manganese alloy). Available at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000201c1.html.

[105] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry.

[106] ICAC Award 97/2004, 23 Dec 2004. Available at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html.

[107] Case 95/3214, 05 Nov 1996 (Butter case), cited in Saidov Dj, op. cit. p. 116. Available at http://cisg3.law.pace.edu/cases/961105f5.html.

vide for this issue in explicit terms, special care should be exercised in the interpretation of this issue, particularly in the light of the purpose of the foreseeability rule as envisaged by Article 74. This purpose is reflected, among other things, in fair and reasonable allocation of risk, achieved in international contract practice through an assessment, at the time of the conclusion of the contract, of possible loss (its type or nature) and its general extent, in terms of monetary limits on the promisor's liability. [108]

Considering the importance of the issue of the scope of contractual liability, it is necessary for the parties to contracts for the international sale of goods governed by the CISG to have a precise understanding of Article 74 rules, so as to be in position to decide whether to apply Article 74 or to provide different solutions in the contract by virtue of Article 6. Thus, parties may agree in contract to modify, limit, or even exclude Article 74 rules concerning liability for breach of contract, in which case they should pay heed to both the validity tests for such clauses required under the applicable domestic law, and the CISG standards and general principles, in particular the principle of full compensation, which must to be taken into account when applying domestic law test of validity.

Clauses excluding or limiting the liability and exemption under Article 79 CISG

In the system of the CISG, exemptions for non-performance are provided in Article 79, stating: "A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences".[109] The same Article provides for the cases where the party's non-performance is due to the failure by a third person engaged by such party,[110] and sets forth the rule whereby the exemption has effect for the period during which the impediment exists,[111] and the rule of giving notice to the

[108] In detail, Perovic J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, op. cit., p. 95-134.

[109] Article 79 Paragraph 1.

[110] Article 79 Paragraph 2.

[111] Article 79 Paragraph 3.

other party.[112] Finally, Article 79 expressly provides that nothing in that Article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under the Convention.[113]

The exemption rule under the CISG contains the following requirements: a) the impediment was beyond the promisor's sphere of control; b) the promisor did not assume the risk of the occurrence of the impediment, in particular, he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract; and c) the impediment or its consequences could not reasonably have been avoided or overcome by the promisor.[114] This rule has exercised considerable influence on the corresponding provisions of UNIDROIT Principles (Article 7.1.7), PECL (Article 8.108), DCFR (III.-3:104), which provide almost identical rules on exemption from liability, and also on the ICC Force Majeure Clause which is essentially in line with Article 74 CISG.[115] The standard of Article 79 CISG has been adopted in many domestic contract law codifications. [116] Consequently, according to the doctrine it has been seen that: "... the CISG can truly be regarded as part of the common core of the legal systems, and that it is the cornerstone of the general principles of law method. This is particularly true for the force majeure excuse".[117]

Since the exemption under Article 79 is open for contractual modifications, the parties may themselves regulate this matter by so-called *force majeure* clau-

[112] Article 79 Paragraph 4.

[113] Article 79 Paragraph 5.

[114] Detailed analysis of Article 79 CISG, Schwenzer I. "*Art. 74*" in p. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., p. 1062-1087; Atamer Y.M. "*Art. 79*" in S. Kröll, L. Mistelis, p. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary,* op. cit., p. 1054-1098; Brunner Ch., op. cit. p. 110 ff. For a discussion of this rule in comparative law see Perovic J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima,* op. cit., p. 59-95 and for the case law regarding impossibility of performance in comparative law Beale H., Hartkamp A., Kötz H, Tallon D., op. cit., p. 592-626.

[115] ICC Force Majeure Clause 2003 ICC Publ. No. 650), TLDB DocID 700700. See also force majeure clause in ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods, *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, International Trade Centre, Geneva, 2010, p. 55, Article 17.

[116] Detailed analysis on the reception of Article 79 CISG by domestic laws, uniform rules of contract law and contract practices, Brunner Ch., op. cit., p. 101-110.

[117] Brunner Ch., op. cit. p. 101.

ses which are fairly standard in international contract practice.[118] The contractual clauses may limit or extend the scope of liability in comparison to the default liability. The most important issues addressed by *force majeure* clauses relate to a) definition of *force majeure*;[119] b) actions to be undertaken by the parties should a *force majeure* event occur – notification of *force majeure* and its effects and the burden of proof of *force majeure* and 3) legal effects of *force majeure*.[120]

The parties to the contracts governed by the CISG should be aware of the relationship between the exemption under Article 79 and the contractual clauses excluding or limiting the liability. In this context it is important to note that the exemption under Article 79 and the clauses excluding or limiting the liability are to be *distinguished*. In the first place, the exemption under Article 79 is a default rule regarding the allocation of liability and risk[121] and consequently to be automatically applied to the contract unless excluded or modified by the parties, by virtue of Article 6. On the other hand, the CISG does not contain special provisions for the exclusion or limitation of liability, which means that the clauses addressing this matter must be agreed between the parties. Thus, the exemption under Article 79 is not affected by the rules governing validity of clauses excluding or limiting liability. Furthermore, the exemption under Article 79 requires an impediment beyond control of the promisor,[122] whilst the clauses excluding or limiting liability address those events entering the sphere of the promisor's business risk, for which, in the absence of clauses excluding and limiting liability, the promi-

[118] For detailed discussion about *force majeure* clauses with an extensive selection of examples of these clauses in international contract practice see Fontaine M., De Ly F., op. cit., p. 383-433. See also Bortolotti F., *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts A practical guide*, International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 115-118

[119] Three systems often appear in practice in defining the *force majeure* – a system of defining *force majeure* in general terms, based on general description of events or circumstances regarded as *force majeure*, an enumeration system where the parties, instead of giving a general definition of *force majeure*, use long lists to enumerate, by way of itemised lists or *exempli causa,* the cases regarded as *force majeure* in the particular contract, and a mixed system representing a combination of the two. For details see Perović J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, op. cit., p. 79-88.

[120] For detailed discussion of these issues see Perović J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, op. cit., p. 87-93.

[121] See Brunner Ch., op. cit., p. 155.

[122] Circumstances within the sphere of the promisor's control, unless otherwise agreed, include the promisor's financial standing, manufacture or supply of goods, acquisition of relevant licences, goods insurance, liability for employees, etc. See, Neumayer K.H., Ming C., op. cit. p. 518.

sor would be liable under the Convention's general rules. The fact that Article 79 requires an event which is unforeseeable and unavoidable, whilst clauses excluding or limiting liability as a rule address foreseeable and avoidable events, should be regarded in the same way.

However, speaking of the *contractual clauses*, the demarcation line between a *force majeure* clause and a clause excluding or limiting liability may become fairly flexible. This occurs when the parties agree to use contractual clauses extending the notion of *force majeure* to the events which, under the CISG, *would not have been treated* as grounds for exemption from liability, such as the events within the sphere of the promisor's control, or the events that could be taken into account or could be avoided. Thus, for example, it is sometimes agreed in the contract that a *force majeure* event[123] is deemed to exist in case of strike or other labour-related issues occurring in a party' company, in case where the seller is unable to provide the means of transport required for the delivery of goods to the buyer, where a party is unable to ensure the required license, in case of delivery-against-supply clause, etc.[124] These cases are the typical events and circumstances within the sphere of the promisor's business risk which, in the absence of a respective contractual clause, would not have excused the promisor from the liability in terms of Article 79, which renders such force *majeure clauses* fairly similar to the clauses excluding or limiting liability. Such broad definition of the term of *force majeure* may to a certain extent transform a *force majeure* clause into a clause excluding or limiting liability. However, regardless of whether a clause is treated as a *force majeure* clause excluding or modifying the exemption rule under Article 79, or a clause excluding or limiting liability, the validity of such clause in either case should be decided by the court in the light of circumstances of the particular case, taking into account the CISG's standards and general principles.

CONCLUSION

Clauses excluding or limiting liability in a contract governed by the CISG may be seen as a "borderline area" between the principles of the CISG and the ru-

[123] The term "force majeure" does not need to be employed in formulating the contractual clause. Instead, the contract may list the cases in which the promisor is not held liable.

[124] See Atamer Y.M. "*Art. 79*" in S. Kröll, L. Mistelis, p. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary,* op. cit., p. 1093.

les of other sources of contract law relevant to this issue. Although the substantive validity of these clauses is not governed by the CISG, the principles of the CISG are to be taken into account in determining their validity under the respective domestic validity test. Furthermore, in deciding whether or not to include a clause excluding or limiting liability into contract, as well as in which form and under what conditions the exclusion or limitation of liability should be stipulated, the parties in each particular case need to be familiar with the general rules of the CISG, especially those relating to the remedies for non-performance, recovery of damages for breach of contract, exemption for non-performance, and other rules of the Convention that may directly or indirectly affect the matter of exclusion or limitation of liability. This points to the fact that the issues arising from the clauses excluding or limiting liability cannot be decided in isolation from the general principles and rules of the Convention; they should be considered in the context of a high degree of interconnection between the CISG and other relevant sources of contract law. The relationship between the CISG and other sources of contract law may be viewed in the same light when it comes to the validity of other clauses in a contract governed by the CISG.

From this brief analysis, it follows that other sources of contract law are relevant for international sales of goods contracts, primarily due to the limitations in the sphere of application and the central role that the principle of party autonomy plays in the CISG. On the other hand, in contracts governed by the CISG, due regard must be taken of the CISG's general rules and principles in deciding the issues where other sources of contract law are relevant. Only when there is awareness that the CISG and relevant rules of other sources of contract law must be considered in the light of their symbiosis and that no source of law, including the CISG, is "an island", can one fully understand the interplay between the CISG and other sources of contract law.

Prof. Dr. JELENA S. PEROVIĆ
University of Belgrade Faculty of Economics

Summary

The purpose of this article is to examine the interplay between the CISG and other sources of contract law on the example of clauses excluding or limiting the liability in contracts for the international sale of goods which are governed by the CISG. Thus the article offers a brief discussion of the clauses excluding or limiting the liability in general, followed by an analysis of the validity of these clauses in contracts governed by the CISG – whilst giving special attention to the validity exception under Article 4 CISG on the one hand and the requirements for the validity of these clauses in other sources of contract law on the other. Furthermore, the clauses excluding or limiting liability are analysed in the light of certain CISG's rules that may greatly affect the matter of exclusion or limitation of liability, namely: liability for lack of conformity in the context of Article 35, recovery of damages for breach of contract (Article 74) and exemption for non-performance (Article 79). The analysis brings the author to the conclusion that the issues arising from the clauses excluding or limiting liability cannot be decided in isolation from the general principles and rules of the Convention; even though the substantive validity of these clauses is not governed by the CISG, they should be considered in the context of a high degree of interconnection between the CISG and other relevant sources of contract law. On the basis of this conclusion, the author suggests that the interplay between the CISG and other sources of contract law should by viewed in the same light when it comes to the validity of other clauses incorporated into the contracts governed by the CISG.

VITOMIR POPOVIĆ

ARBITRAŽNO RJEŠAVANJE SPOROVA PO DEJTONSKOM MIROVNOM SPORAZUMU

U V O D

Dejtonski mirovni sporazum je usaglašen na Mirovnoj konferenciji održanoj u Dejtonu (Ohajo, SAD) od 1. do 21. novembra 1995. godine a formalno je stupio na snagu 14. decembra iste godine njegovim potpisivanjem u Parizu. Radi se o jednom složenom međunarodnom ugovoru javno-pravnog karaktera koji ima za cilj da reguliše odnose u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini. Sastoji se iz dva dijela i to tzv. Sporazuma o vojnim aspektima mirovnog rješenja i Sporazuma o regionalnoj stabilizaciji, u praksi poznatiji kao Civilni dio sporazuma. Ovaj Civilni dio sporazuma ima 11 aneksa koji, pored Sporazuma o regionalnoj stabilizaciji, čine: Sporazum o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima, Sporazum o izborima, Ustav Bosne i Hercegovine, Sporazum o arbitriranju, Sporazum o ljudskim pravima, Sporazum o izbjeglicama i raseljenim licima, Sporazum o komisiji za očuvanje nacionalih spomenika, Sporazum o osnivanju javnih korporacija Bosne i Hercegovine, Sporazum o civilnom sprovođenju mirnog rje-

---

Dr Vitomir Popović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci. Rad pod ovim naslovom je izložen na naučnom skupu Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske pod nazivom "Dvadeset pet godina Republike Srpske - Sporazum o specijalnim i paralelnim vezama" 21. decembra 2017. godine.

šenja i Sporazum o međunarodnim policijskim snagama. Sastavni dio ovih sporazuma čine brojni aneksi i dodaci.

Samo rješavanje arbitražnih sporova proisteklih iz implementacije Dejtonskog mirovnog sporazuma moguće je posmatrati kroz Aneks 5 Sporazuma o arbitriranju, ali i Sporazum o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima koji u sebi sadrži posebnu kompromisornu klauzulu posvećenu rješavanju tzv. Spornog dijela linije razgraničenja između entiteta Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine u oblasti Brčko. U međuvremenu je došlo i do još jednog spora između Republike Srpske i Federacije BiH vezanog za razgraničenje u Dobrinji. Kasnije se javio i čitav niz spornih pitanja vezanih za granicu između Bosne i Hercegovine i susjednih država tj. Republike Hrvatske, Republike Srbije i Republike Crne Gore.

Međutim, od ove vrste sporova, koji spadaju u tzv. sporove razgraničenja, treba razlikovati druge vrste arbitražnih sporova proisteklih iz trgovačkih i drugih privatno-pravnih odnosa nastalih između poslovnih subjekata u Bosni i Hercegovini ili u poslovnim odnosima ovih subjekata sa subjektima iz drugih država, koji će takođe biti predmet ovog rada.

RJEŠAVANJE TERITORIJALNIH SPOROVA UNUTAR BIH

Rješavanje teritorijalnih sporova u Bosni i Hercegovini je moguće posmatrati kroz dva vida. Jedan je vezan za rješavanje tzv. sporova razgraničenja između Republike Srpske i Federacije BiH a drugi je vezan za rješavanje sporova o tzv. državnoj granici između Bosne i Hercegovine i susjednih država.

Rješavanje sporova teritorijalnog razgraničenja

Sporazum o arbitriranju kao Aneks 5 Dejtonskog mirovnog sporazuma kroz jedan opšti pristup definiše arbitražno rješavanje sporova. Ovaj sporazum glasi:

"Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska su saglasne da ispune sljedeće obaveze o kojima su se saglasile, u Dogovorenim osnovnim principima usvojenim u Ženevi 8. septembra 1995, Republika Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska i Savezna Republika Jugoslavija, s tim što je ova posljednja predstavljala i Republiku Srpsku.

Tačka 2.4. "Dva Entiteta će prihvatiti recipročne obaveze ... (c) da pristupe obaveznoj arbitraži za rješavanje sporova među njima."

Tačka 3. "Entiteti su se u načelu saglasili sa sljedećim: ...

3.5. Koncepcija i provođenje sistema arbitraže za rješavanje sporova između dva Entiteta."[1]

I Sporazum o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima kao Aneks 2 Dejtonskog mirovnog sporazuma u svom članu V propisuje:

"1. Strane su saglasne da se podvrgnu obavezujućoj arbitraži spornog dijela granične linije između entiteta u oblasti Brčkog prikazanog na mapi priloženoj u Dodatku.

2. Najkasnije šest mjeseci 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 saglase, trećeg arbitra će imenovati predsjednik Međunarodnog suda pravde. Treći arbitar će predsjedavati arbitražnim tribunalom.

3. Ukoliko se Strane drugačije ne dogovore, postupak će se voditi u skladu sa pravilima UNCITRAL-a. Arbitri će primjenjivati relevantne pravne principe i principe jednakosti.

4. Ukoliko se ne postigne drugačiji dogovor, oblast naznačena u gornjem stavu 1. će biti i dalje pod upravom kakva je sada.

5. Arbitri će donijeti svoju odluku najkasnije godinu dana nakon stupanja ovog sporazuma na snagu. Odluka će biti konačna i obavezjuća, a Strane će je primjenjivati bez odlaganja."[2]

Arbitraža za oblast Brčko

Ova Arbitraža je imala za cilj da utvrdi koji je to sporni dio linije razgraničenja između Republike Srpske i Federacije BiH u oblasti Brčko. Iako naizgled relativno jasna kompromisorna klauzula kojom je i definisan predmet spora, ispostavilo se da se ovdje radi o čitavom nizu spornih pitanja vezanih za način utvrđivanja spornog dijela linije razgraničenja koji je prema Sporazumu bio defini-

[1] Pobliže o tome vidjeti Sporazum o arbitriranju kao Aneks 5 Dejtonskog mirovnog sporazuma.

[2] Poblieže o tome vidjeti član V Sporazuma o graničnoj liniji između entiteta i odnosnim pitanjima kao Aneks 2 Dejtonskog mirovnog sporazuma.

san mapama koji čine sastavni dio ovog sporazuma. Pored samog predmeta spora i nedostajućih karata pojavio se čitav niz drugih pitanja vezanih za rok završetka arbitraže, način donošenja arbitražne odluke, pravni status te odluke i period završetka arbitražnog procesa. Naime, arbitražnu odluku je donio predsjedavajući arbitar bez saglasnosti druge dvojice arbitara, suprotno UNCITRAL pravilima, odluka nije donesena u roku od godinu dana kako je to bilo predviđeno kompromisornom klauzulom nego je tzv. Konačna odluka donesena 5. marta 1999. godine a arbitraži ostavljena mogućnost da ovu odluku može mijenjati na štetu one strane koja se ne bude bavila njenom doslijednom implementacijom.

Ovom arbitražnom odlukom od bivše predratne opštine Brčko ustanovljena je posebna jedinica lokalne samouprave Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine. Ova jedinica lokalne samouprave u naravi predstavlja *condominium* tj. zajedničku svojinu Republike Srpske i Federacije BiH. Donošenju tzv. Konačne arbitražne odluke prethodilo je donošenje Uslovne arbitražne odluke u Rimu, zatim Dopunske abitražne odluke u Vašingtonu 14. februara 1998. godine i na kraju Konačne arbitražne odluke u Beču 5. marta 1999. godine.

Nakon donošenja Konačne arbitražne odluke na zahtjev Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu iz marta 2005. godine u Londonu je održano četvrto zasjedanje ove arbitraže. Ono je bilo posvećeno davanju konačnog tumačenja arbitražne odluke u dijelu koji se tiče obaveza Distrikta Bosne i Hercegovine da za prenos svojih nadležnosti na nivo zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine traži saglasnost Republike Srpske i Federacije BiH, s obzirom na to da ovaj Distrikt funkcioniše u formi *condominiuma* tj. zajedničke svojine oba entiteta. Ova odluka nije donesena jer je u međuvremenu došlo do usaglašavanja stavova Republike Srpske i Federacije BiH u dijelu koji se tiče indirektnog porezivanja i poreza u Brčko Distriktu. Međutim, u praksi arbitražnog rješavanja ovakve vrste sporova ostaje zabilježena i činjenica da je i poslije donošenja tzv. Konačne arbitražne odluke u Beču 5. marta 1999. godine nastavljen arbitražni proces koji će trajati sve dok Supervizor za oblast Brčko ne obavijesti Savjet za implementaciju mira da je arbitražna odluka izvršena u cijelosti.

Ova arbitraža je sve vrijeme svoga postojanja izazivala veliko interesovanje kako domaće tako i strane javnosti. Mnogi zapadni mediji su ovaj proces nazivali "sporom stoljeća", a postojali su i oni drugi koji su ovaj spor definisali "farsom

stoljeća".[3] Radi čitavog niza svojih specifičnosti i odstupanja u odnosu na kompromisornu klauzulu kao i čestih izmjena UNCITRAL pravila ali i odstupanja u odnosu na ovako izmijenjena pravila, ova arbitraža je izazivala posebnu pažnju i može biti od velike koristi i izuzetnog značaja za razvoj arbitražnog rješavanja ovakve i sličnih vrsta sporova. Ona je iznjedrila veliki broj različitih vrsta naučnih i stručnih radova i izrade doktorskih disertacija širom svijeta. Ova arbitraža je na određen način jasno stavila do znanja da nisu samo arbitri ti koji donose odluku nego se donošenje ovakvih ili sličnih odluka najčešće veže za politiku. Ona je istovremeno pokazala da male zemlje i mali narodi nisu samostalni i da je njihova sudbina vezana i zavisi od politike onih velikih.

Arbitraža za Dobrinju

Ova arbitraža je specifična u odnosu na prethodnu arbitražu. Naime, odlukom Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu od 5. februara 2001. godine za arbitra u ovom predmetu imenovan je Diarmuid P. Sheridan, irski sudija. On je imao zadatak da u naselju Dobrinja povuče liniju između Republike Srpske i Federacije BiH obzirom da je ona išla kroz stambene zgrade tako da se nekim od stanovnika jedan dio stana nalazio u Republici Srpskoj a drugi dio u Federaciji BiH. Navodno je problem nastao radi pogrešnog izbora izabranih karata koje su bile u razmjeri 1:600.000. Republika Srpska je u ovom sporu stajala na stanovištu da u Vašingtonu, u Pentagonu postoji karta koja pokazuje liniju sukoba koja se podudara sa međuentitetskom linijom razgraničenja i da je to upravo karta u navedenom razmjeru. Federacija BiH je imala suprotan stav i smatrala je da se linija sukoba ne može poistovjećivati sa linijom razgraničenja. U ovom sporu se pojavio i problem osnovnog teritorijalnog razgraničenja po Dejtonu u omjeru 51:49%.

Nakon provedenog postupka arbitar je odbio argumente Republike Srpske i prihvatio argumente Federacije BiH na taj način što je liniju razgraničenja pomjerio na štetu interesa Republike Srpske. Između ostalog, pošao je od pretpostavke da će bez obzira na pomjeranje linije razgraničenja stanovnici Republike Srpske ostati i dalje da žive u svojim stanovima. Na taj način on je prihvatio kartu koju je u ovom dijelu sačinio kartograf i major kanadske vojske Batchelor koji je bio glavni oficir za geografska pitanja u štabu SFOR-a. Naime, radi se o karti koja je dobijena od Državne agencije za kartografiju iz Restona, Virdžinija, SAD u razmjeri

[3] Pobliže o tome vidjeti Vitomir Popovć, *Arbitraža za oblast Brčko - spor ili farsa stoljeća*, ANURS, Banja Luka, 2018.

1:600.000 i koja je bila potpisana od ovlaštenih predstavnika Bosne i Hercegovine odnosno Republike Srpske i Federacije BiH i odobrena od strane Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije. *De facto* ova karta je predstavljala dogovoreni prekid vatre, međuentitetsku liniju razgraničenja i zonu razdvajanja.[4]

Ovakva odluka o liniji razgraničenja u sarajevskim naseljima Dobrinja 1 i 4 kojom je arbitar veći dio tih naselja dodijelio Federaciji BiH izazvala je burne reakcije nadležnih organa i institucija Republike Srpske, a vlada je najavila ulaganje žalbe na ovu odluku, te da će o svemu obavijestiti Upravni odbor Savjeta za implementaciju mirovnog sporazuma iz Dejtona. Međutim, neposredno nakon ovakvih reakcija vlade i drugih institucija Republike Srpske uslijedilo je saopštenje Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu da je Arbitražna odluka za naselja Dobrinja 1 i 4 konačna i obavezujuća i da se ona ne može osporavati nikakvim pravnim sredstvima najavljenim od strane Republike Srpske. Nakon toga uslijedilo je i formalno pomjeranje linije i u skladu sa tim pomjeranjem povlačenje policije Republike Srpske na tu liniju.

Sporazum o arbitriranju, kao Aneks 5 Dejtonskog mirovnog sporazuma je donesen na osnovu Dogovorenih osnovnih principa usvojenih u Ženevi 8. septembra 1995. godine, poznatiji kao "Ženevski principi" i istovremeno su predstavljali i osnov za Dejtonski mirovni sporazum. Iako su Ženevski principi predstavljali osnovu za rješavanje pitanja vezanih za teritorijalno razgraničenje između Republike Srpske i Federacije BiH u odnosu na 49:51, međunarodni arbitar u predmetu Dobrinja 1 i 4 se na ove principe uopšte nije osvrtao i donio odluku na štetu Republike Srpske dodatno joj umanjujući pripadajuću teritoriju prema ovim principima i Dejtonskom mirovnom sporazumu.

RJEŠAVANJE TERITORIJALNIH SPOROVA IZVAN BIH

Od teritorijalnih sporova razgraničenja unutar Bosne i Hercegovine tj. između Republike Srpske i Federacije BiH treba razlikovati sporove koji su vezani za granicu između Bosne i Hercegovine kao međunarodno priznatog subjekta prava sa susjednim državama. Ovdje prije svega mislimo na Republiku Hrvatsku, Republiku Srbiju i Republiku Crnu Goru. Osnov za razgraničenje bivših jugoslovenskih republika nastalih raspadom SFRJ kao zajedničke države predstavljale su tzv. avnojevske granice. One su u svim onim slučajevima, kada se radi o rijekama,

[4] Pobliže o tome vidjeti izjavu arbitra Diarmuid P. Sheridan objavljenu na sajtu http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2001/odluke%20VP/17VP%20bih.htm

u Dejtonu povučene sredinom rijeke Une, Save ili Drine, a što se u cijelosti podudara sa granicom utvrđenom Zakonom o administrativnoj podjeli Narodne Republike Bosne i Hercegovine iz 1947. godine[5]. Međutim, iako je izvršeno utvrđivanje granice između Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine u toku 1998. godine su započeti pregovori između Državne komisije Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske o definitivnom razgraničenju na rijeci Uni. Komisije su postigle načelno dogovor i tom prilikom parafirale poseban sporazum ali do ratifikacije ovog sporazuma odnosno međunarodnog ugovora nikad nije došlo radi protivljenja Republike Srpske. Naime, ovom prilikom je došlo do napuštanja koncepta priznanja avnojevskog utvrđivanja granica na štetu Republike Srpske tako da bi se neki dijelovi opštine Kostajnica i drugih mjesta tebalo pripojiti Republici Hrvatskoj. Time bi opština Kostajnica ostala bez izlaza na rijeku Unu i ne bi mogla planirati svoju infrastrukturu. A ako bi se prihvatio ovaj koncept napuštanja avnojevskih granica, u ozbiljnim problemima bi se našle opštine Kozarska Dubica i Novi Grad kao i neka druga mjesta oko rijeke Une. Obzirom da nije ratifikovan međunarodni ugovor o utvrđivanju granice između Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske na rijeci Uni u tom smislu je ostalo faktičko stanje zasnovano na tzv. avnojevskim granicama u bivšoj Jugoslaviji.

Pored ovog spora sa Republikom Hrvatskom na skoro identičan način su se pojavili i problemi vezani za utvrđivanje granice između Bosne i Hercegovine i Republike Srbije, ali ovdje nije došlo ni do kakvog parafiranja sporazuma o definisanju granice. Ovakve eventualne sporove vezane za granicu sa Republikom Hrvatskom na rijeci Uni i Republikom Srbijom na rijeci Drini bi bilo moguće rješavati dogovorom dviju država. Ovaj dogovor bi mogao podrazumijevati zadržavanje faktičkog stanja zasnovanog na tzv. avnojevskim principima a koji u ovakvim slučajevima, kad granicu čine rijeke treba da ide sredinom rijeke. Ovo je istovremeno opšte poznati i prihvaćeni međunarodni princip definisanja granica na rijekama.

Druga mogućnost je da se dogovorom dviju država, prvenstveno vodeći računa o njihovim obostranim interesima, napusti ovaj koncept avnojevskih granica i granice utvrde na drugačiji način. Postignuta rješenja bi morala biti definisana ili regulisana međunarodnim ugovorom a Ugovor o granici bi morao biti ratifikovan od strane nadležnih parlamenata.

[5] "Službeni list NRBiH", br. 29/47 i 28/59.

Treća mogućnost je da se ova sporna pitanja prepuste bilo Međunarodnom sudu pravde u Hagu ili nekoj od stalnih ili *ad hoc* arbitraža na rješavanje i takve donesene odluke bi bile konačne i obavezujuće. Pri tom ne treba zanemariti činjenicu da će se ova pitanja vezana za utvrđivanje granice između Bosne i Hercegovine i susjednih država sve češće pojavljivati u praksi obzirom na čitav niz pitanja i problema vezanih za sprovođenje Sporazuma o sukcesiji imovine bivše SFRJ iz 2001. godine. Ovo naročito iz razloga što se na ovim rijekama nalazi čitav niz raznih vrsta objekata izgrađenih od strane bivše zajedničke države, kao što su mostivi, hidrocentrale, luke, itd.

Ništa manje nije značajno ni pitanje vezano za razgraničenje između Bosne i Hercegovine i Crne Gore koje se odnosi na Sutorinu. Naime, Sutorina se nalazi u dolini rijeke Sutorine koja se ulijeva u Bokokotorski zaliv i sve do maja 1947. godine nalazila se u sastavu Narodne Republike Bosne i Hercegovine ali je usmenim dogovorom tadašnjih crnogorskih i bosanskohercegovačkih komunističkih rukovodilaca dodijeljena Narodnoj Republici Crnoj Gori zajedno sa selima Igalo, Sućepan, Prijevor, Ratiševina i Kruševice čija ukupna površina iznosi 75 km2. Prije toga je Narodna Republika Bosna i Hercegovina u području Sutorine imala izlaz na Jadransko more i na Bokokotorski zaliv u dužini od 8 km obale. Pitanja razgraničenja sa Crnom Gorom i eventualnog izlaska Bosne i Hercegovine odnosno Republike Srpske na Jadransko more, odnosno Bokokotorski zaliv je otvorilo velike rasprave na svim nivoima vlasti Bosne i Hercegovine. Vijeće ministara Bosne i Hercegovine je utvrdilo Prijedlog ugovora o državnoj granici između BiH i Crne Gore tako što je Crnoj Gori prepustila Sutorinu kao mogući izlaz BiH odnosno Republike Srpske na more. Međutim, prijedlog ovog ugovora nije prošao ratifikaciju tako da ni ovo pitanje razgraničenja sa Crnom Gorom nije riješeno.

RJEŠAVANJE TRGOVAČKIH I INVESTICIONIH SPOROVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Pored sudova, koji se u skladu sa odredbama o opštoj nadležnosti utvrđenoj posebnim zakonima bave rješavanjem raznih vrsta trgovačkih i investicionih sporova, ovim sporovima se bave domaće i međunarodne arbitraže, ako je njihova nadležnost ugovorena ili proistekla iz ugovornog odnosa i utvrđena komprimisornom klauzulom. Međutim, u posljednje vrijeme, naročito u sferi investicionih ulaganja sve veći broj ovih sporova se povjerava na rješavanje i drugim za to osnovanim i specijalizovanim institucijama. Ovdje prije svega mislimo na Agen-

ciju za multilateralno osiguranje investicija (MIGA) i Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (ICSID).

Ozbiljniji razvoj arbitražnog rješavanja sporova u dejtonskoj Bosni i Hercegovini je započeo osnivanjem Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Republike Srpske jula mjeseca 1998. godine a zatim i Arbitražnog suda pri spoljnotrgovinskoj komori Bosne i Hercegovine juna mjeseca 2003. godine.

Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Republike Srpske

Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Republike Srpske nastala je Odlukom o osnivanju Skupštine Privredne komore Republike Srpske koju je Skupština donijela na svojoj sjednici održanoj 2. jula 1998. godine[6], a kada je Arbitraža i počela sa radom. Arbitraža radi na osnovu Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Republike Srpske.[7]

Sjedište arbitraže je u Banjoj Luci.

Nadležnost Arbitraže može se zasnovati samo pismenim sporazumom (arbitražnim ugovorom) između stranaka. Ovaj sporazum se može zaključiti kako u pogledu određenog spora, tako i u pogledu budućih sporova koji mogu proizaći iz određenog pravnog odnosa.

Pod pismenim sporazumom podrazumijevaju se i sporazumi o nadležnosti arbitraže zaključeni putem razmjene pisama, telegrama, telefaksa ili teleprinterskih saopštenja kao i saglasnim izjavama stranaka datim na usmenoj raspravi i unijetim u zapisnik.

Arbitražni ugovor je punovažno zaključen i kada je odredba o nadležnosti Arbitraže sadržana u opštim uslovima ako su oni sastavni dio osnovnog pravnog posla. Stranke koje su ugovorile nadležnost arbitraže prihvatile su time i odredbe ovog Pravilnika[8].

---

[6] Odluka je objavljena u Biltenu Privredne komore Republike Srpske od 7. septembra 1998. god.

[7] Pravilnik objavljen u Biltenu Privredne komore Republike Srpske od 7. septembra 1998. god.

[8] Pobliže vidjeti član 13. Pravilnika, Bilten Privredne komore Republike Srpske od 7. septembra 1998. godine.

Arbitraža ima svoju stalnu listu arbitara imenovanih iz reda uglednih domaćih i međunarodnih stručnjaka za oblast arbitražnog i međunarodnog arbitražnog prava.[9]

Arbitražni sud pri Spoljnotrgovinskoj komori Bosne i Hercegovine

Ova arbitraža je osnovana pri Spoljnotrgovinskoj komori Bosne i Hercegovine. Unutrašnja organizacija i način rada ovog suda su regulisani posebnim Pravilnikom o organizaciji i radu arbitražnog suda[10].

Arbitraža je nadležna za rješavanje sporova koji ispunjavaju sljedeće uslove:

- Da se radi o trgovačkom sporu u kojem stranke mogu slobodno disponirati predmetom spora,
- Da za tu vrstu spora nije predviđena isključiva nadležnost redovnog suda,
- Da su se stranke sporazumjele o nadležnosti arbitraže.

Arbitraža ima predsjednika, zamjenika predsjednika, arbitražna vijeća i arbitre pojedince koje bira nadležni organ Komore na period od četiri godine uz mogućnost ponovnog izbora. Ono što predstavlja specifičnost ove arbitraže jeste činjenica da predsjednik i zamjenik predsjednika arbitraže za vrijeme trajanja svoga mandata ne mogu biti birani za arbitra u sporu. Arbitraža ima svoj sekretarijat i sekretara u okviru kojeg se obavljaju stručno-administrativni poslovi.

Pravilnikom je predviđena mogućnost obraćanja arbitraži za posredovanje radi mirenja. Ovaj postupak je nezavisan od arbitražnog postupka. Ako postupak za mirenje ne uspije, ništa od onoga što je u toku postupka za mirenje učinjeno ili izjavljeno usmeno ili pismeno, ne obavezuje stranke niti se on može smatrati pristankom na nadležnost arbitraže. Eventualno postignuto poravnanje u ovom postupku nema snagu pravosnažne odluke arbitraže i smatra se poravnanjem postignutim van arbitraže. Ako stranke zatraže i ako dostave valjan sporazum o arbitraži, predsjednik suda će imenovati arbitra koji će na zahtjev stranaka donijeti presudu na osnovu poravnanja.

---

[9] Pobliže vidjeti Listu arbitara u Biltenu Privredne komore Republike Srpske od 7. septembra 1998. godine.

[10] Ovaj Pravilnik je usvojen na sjednici Upravnog odbora Spoljnotrgovinske komore Bosne i Hercegovine održanoj 17.6.2003. godine. Sjedište ove arbitraže je u Sarajevu.

Arbitražni postupak se pokreće pismenom tužbom dostavljenoj Arbitraži, u pet primjeraka, koja treba da sadrži:

1. Ime, zanimanje i stalno prebivalište, odnosno naziv, predmet poslovanja i sjedište obiju stranaka;

2. Dokaz o postojanju arbitražnog ugovora na kojem se zasniva nadležnost arbitraže, ako postoji;

3. Predmet i vrijednost spora, činjenično stanje, tužbene zahtjeve, dokaz i sve dokumente koji se odnose na predmet spora, u originalu ili u prepisu ovjerenom od strane stranke;

4. Prijedlog za imenovanje arbitra.

Predsjednik Arbitraže može, radi olakšanja postupka, tražiti od tužioca da tužbu dostavi u prevodu na jedan strani jezik.

Ako u sporu ima više tuženika, može se zahtijevati odgovarajući broj prepisa tužbe i priloga.

Tužba sa prilozima se dostavlja tuženoj stranci na odgovor i istovremeno se naznačava u kolikom broju primjeraka treba da dostavi odgovor na tužbu i priloge.[11]

Arbitri u ovu arbitražu se biraju sa liste arbitara koju utvrđuje predsjednik i potpredsjednici Komore BiH. Postoje dvije liste arbitara i to:

1. Lista arbitara za sporove u kojima obje strane imaju sjedište odnosno prebivalište na teritoriji Bosne i Hercegovine, i

2. Lista arbitara za sporove u kojima barem jedna od stranaka ima sjedište odnosno prebivalište na teritoriji druge države.

Arbitri se biraju iz reda visokostručnih lica koja posjeduju specijalizovana znanja za određene oblasti prava i poslovnih obaveza.

Tok arbitražnog postupka kao i način donošenja arbitražne odluke posebno su definisani odredbama ovog pravilnika.

Arbitraža ima svoju Tarifu troškova koju utvrđuje nadležni organ Komore BiH.

U skladu sa Pravilnikom o organizaciji i radu arbitražnog suda postupak se može voditi i van sjedišta arbitraže. Donesena arbitražna odluka je konačna i protiv nje se ne može ulagati žalba.

[11] Pobliže o tome vidjeti član 18 Pravilnika o organizaciji i radu Arbitražnog suda.

Institucije koje se najčešće bave rješavanjem investicionih sporova

Kao što smo to u prethodnom dijelu i napomenuli, u posljednje vrijeme sve veći broj investicionmih sporova se povjerava na rješavanje i drugim za to osnovanim i specijalizovanim insitucijama. To su, prije svega, Agencija za multilateralno osiguranje investicija (MIGA) i Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (ICSID).

Agencija za multilateralno osiguranje investicija (MIGA)

Posebno mjesto u zaštiti stranih investicija zauzima Multilateralna agencija za osiguranje investicija (MIGA). Osnovana je 1988. godine sa sjedištem u SAD u Vašingtonu, kao članica grupacije Svjetske banke. Pravno i finansijski je nezavisna od grupacije i ima vlastiti osnivački statut, kapital, upravu i osoblje. Osnovni cilj osnivanja je da podstiče investicije u zemljama i između zemalja u razvoju, kao i da osigurava strane investicije od nekomercijalnih rizika, pošto je u godinama koje su prethodile usvajanju konvencije došlo do "dramatičnog smanjenja" u zemlje u razvoju. Kako je nastavak ekonomskog rasta u zemljama u razvoju podrazumijevao obnovu odgovarajućih stranih investicija, zainteresovane međunarodne organizacije, prije svega OECD, Svjetska banka, IDA, UNCTAD i EEZ, su već od 1960. godine preduzele neophodne mjere da se osnuje međunarodna organizacija koja bi otklonila postojeće barijere kretanja kapitala i osigurale ga od nekomercijalnih rizika investiranja u zemlje u razvoju. Međutim, ovako dug period je posljedica nemogućnosti usaglašavanja stavova zemalja, dugog pregovaranja i sporosti u postizanju rješenja.[12]

Sama činjenica da MIGA prihvata da osigura stranu investiciju domaćem preduzeću u domaćoj zemlji povećava stepen „pokrića" međunarodnog povjerenja. Stranom ulagaču se pružaju garancije da će biti obeštećen u slučaju nastupanja osiguranog slučaja. Pored osnovnog zadatka osiguranja strane investicije ova Agencija podstiče i unapređuje investiciona ulaganja u zemlje u razvoju i pruža konsalting usluge zainteresovanim investitorima i stranim ulagačima. Zatim, ona

[12] O razlozima tako dugotrajnog rada od 1960. godine i učešća pojedinih mađunarodnih organizacija u tome, više vidjeti u: J. Boss, Draft Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, Introductory Note, International Legal Materials, Vol. XXIV, No. 3, May 1985. str. 688; V. Besarović, "Značaj Agencije za multilateralno osiguranje investicija za zemlje u razvoju", *Pravni život, 7-8/1990*, str. 1010-1012.

prikuplja i potrebne podatke i informacije, daje sugestije i savjete, dovodi u kontakt zainteresovane strane i posreduje u njihovom uspostavljanju. Ovi poslovi se mogu označiti kao poslovi informativnog i konsultativnog karaktera.

Ova Agencija vrši osiguranje odgovarajućih investicija protiv štete ili gubitaka koji nastanu zbog jednog ili više sljedećih vrsta nekomercijalnih rizika (osigurani rizici):

1) Rizika valutnog transfera,

2) Rizika od eksproprijacije i sličnih mjera,

3) Rizika povrede pravno preuzetih obaveza (raskid ugovora) koji obuhvata radnje ili propuste (nečinjenje) koji se mogu pripisati vladi domaće države kojima se krše pravno preuzete obaveze prema korisniku garancije od strane ili u ime vlade domaće države, ako je takva povreda:

a) nesporna od strane domaće države,

b) ako je osporena, ali bez razloga ili bez pravno valjanog razloga,

v) ako tek treba da bude utvrđena konačnom odlukom nadležnog arbitražnog ili sudskog organa, ili

g) ne može biti presuđena pred kompetentnim arbitražnim ili sudskim organom.

4) Rizika ratnih i građanskih nemira.[13]

Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (ICSID)

Međunarodni centar za rješavanje investicionih sporova (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*- ICSID) je osnovan Konvencijom o rješavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država koja je stupila na snagu 14. oktobra 1966. godine. Konvencijom je pred Centar postavljen opšti zadatak da olakša rješavanje sporova između vlada i stranih investitora kako bi se na taj način podstakle međunarodne investicije. Investicione sporove ne rješava sam Centar, već pomiritelji ili arbitri koje imenuju stranke u sporu, pri čemu je zadatak Centra da pomaže u pokretanju i vođenju postupka.[14]

[13] Pobliže o tome vidjeti Vitomir Popović, "Značaj mehanizma zaštite stranih investicija za ulaganje stranog kapitala", 21. Budvanski pravnički dani, Zbornik radova *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva,* Budva, 2016.

[14] Pobliže o tome vidjeti: Vitomir G. Popović, Radovan D. Vukadinović. *Međunarodno poslovno pravo, opšti dio*, Banja Luka-Kragujevac, 2005, str. 169.

Bosna i Hercegovina je potpisnik ove Konvecije od 1997. godine, ali i čitavog niza bilateralnih sporazuma kojima je predviđena mogućnost rješavanja investicionih sporova pred ovim Centrom. Prema odredbama člana 25 Konvencije Centar je nadležan da rješava sve sporove koji "direktno potiču iz investicija između države ugovornice i državljana druge države ugovornice, čije su se strane u sporu pismeno saglasile da spor iznesu pred Centar". Praktično, za zasnivanje nadležnosti Centra potrebno je da budu ispunjena tri uslova: da postoji saglasnost stranaka, da su država porijekla investitora i država domaćin ratifikovale Konvenciju i da spor potiče iz investicija. Ipak, i sporovi koji ne ispunjavaju navedene uslove se mogu prema Pravilima o dodatnoj olakšici (*Additional Favility Rules*)[15] od 1978. godine, iznijeti pred Centar. Prema odredbama člana 2. navedenih Pravila, Sekretarijat Centra je ovlašćen da, pod uslovima i u skladu sa ovim Pravilima rješava i sporove između država, konstituenata ili agencija države i državljana druge države, kada država u sporu ili zemlja porijekla privatnog lica nisu države ugovornice Konvencije , kao i kada spor ne potiče direktno iz investicije. Koristeći ovu mogućnost, veliki broj bilateralnih i multilateralnih sporazuma o zaštiti investicija sadrže klauzulu o rješavanju sporova prema Pravilima o dodatnoj olakšici.[16]

I u zemljama članicama Evropske unije posvećuje se posebna pažnja pravnom regulisanju i zaštiti stranih ulaganja. Ugovorom iz Lisabona EU je postala nadležna za pregovaranje o sporazumima o ulaganjima. Ovo je vidljivo iz opredjeljenja koji je izrazio Evropski parlament u svojoj Rezoluciji o budućnosti evropske međunarodne politike ulaganja donesenoj 6.04.2011. godine.[17]

Radi svoje privredne strukture i zaključenog velikog broja sporazuma o ulaganjima Evropska unija nastoji da, bilo samostalna ili putem UNCITRAL komisije (Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo) stvori nova pravila o transparentnosti koja će se primjenjivati i izvan sporazuma o ulaganjima same EU. Komisija posebno radi na uvođenju poboljšanja na dvjema stranama:

---

[15] R. Bruno and J. H. H. Weiler, Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis, Jean Monet Working Paper, 13/97, http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html.

[16] Pobliže o tome vidjeti: Vitomir G. Popović, Radovan D. Vukadinović. *Međunarodno poslovno pravo, opšti dio,* Banja Luka-Kragujevac, 2005, str. 170.

[17] Pobliže o tome vidjeti Izvještaj Evropske komisije za novembar 2013. godine

1. Razjašnjavanju i poboljšanju pravila za zaštitu ulaganja prvenstveno kroz pravo na zakonsko uređivanje radi provođenja legitimnih ciljeva javne politike itd.

2. Poboljšanje funkcionisanja mehanizma za rješavanje sporova.[18]

ZAKLJUČAK

Dejtonska Bosna i Hercegovina spada u države *sui generis* veoma složene unutrašnje strukture i pravnog poretka koji je prati. I rješavanje arbitražnih sporova treba posmatrati u ovom kontekstu. Zavisno od vrste i pravne prirode ovih sporova postoje različite institucije koje se bave njihovim rješavanjem.

Unutrašnji sporovi razgraničenja između Republike Srpske i Federacije BiH su regulisani Dejtonskim mirovnim sporazumom i to spor u arbitraži za oblast Brčko, kompromisornom klauzulom sadržanoj u tački V Sporazuma o razgraničenju i odnosnim pitanjima a arbitraža spornog dijela linije razgraničenja u naseljima Dobrinja 1 i 4 je nastala na osnovu Sporazuma o arbitriranju kao Aneksa 5 Dejtonskog mirovnog sporazuma.

Druge vrste teritorijalnih sporova vezanih za granicu između Bosne i Hercegovine i susjednih država će se rješavati na osnovu Sporazuma ovih država bilo pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu ili međunarodnim arbitražama, zavisno od toga kojoj će od međunarodnih arbitraža na osnovu sporazuma ovih država biti dato u nadležnost rješavanje granice.

Najveći broj trgovačkih i drugih vrsta sporova proisteklih iz poslovne aktivnosti se povjerava Spoljnotrogovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Republike Srpske ili Arbitražnom sudu pri Spoljnotrgovinskoj komori Bosne i Hercegovine.

Budući da je Bosna i Hercegovina potpisnik i velikog broja međunarodnih konvencija o zaštiti stranih investicija i raznih vidova standarda u oblasti stranih ulaganja, određen broj sporova se u skladu sa tim konvencijama i bilateralnim sporazumima povjerava na rješavanje Agenciji za multilateralno osiguranje investicija (MIGA) i Međunarodnom centru za rješavanje investicionih sporova (ICSID) u Vašingtonu.

---

[18] Pobliže o tome vidjeti Vitomir Popović, Jelena Vukadinović-Marković, "Rješavanje bosanskohercegovačkih sporova proisteklih iz direktnih stranih investicija", Zbornik radova *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,* br. 16, Mostar, 2018, str. 24-26.

MAJA STANIVUKOVIĆ,
PETAR ĐUNDIĆ

INVESTICIONI SPOROVI VEZANI ZA SOLARNU ENERGIJU POKRENUTI PROTIV ŠPANIJE NA OSNOVU UGOVORA O ENERGETSKOJ POVELJI

UVOD

Korišćenjem arbitražne klauzule iz Ugovora o energetskoj povelji pokrenut je u protekloj deceniji niz arbitražnih sporova protiv Španije, Češke, Italije i drugih država u vezi sa kršenjem prava ulagača u sektor solarne energije i drugih vidova obnovljive energije. U širem smislu, reč je o sporovima koji za osnovu imaju odobrenu državnu pomoć i legitimna očekivanja ulagača vezana za trajnost propisa kojim se pruža državna pomoć.[1]

Dr Maja Stanivuković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Dr Petar Đundić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu: "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

[1] Vid. M. Stanivuković, Legitimate Expectations, State Aid and Arbitration, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2018, pp. 175-205. M. Stanivuković,: Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania (rad dostupan na web adresi: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2414), TDM Journal: Transnational Dispute Management, 2017, No 1.

U obnovljive izvore energije spadaju energija Sunca, vetra, vode, podzemna toplotna energija (geotermalna) i energija biomase. Njihova eksploatacija zahteva nove tehnologije koje često iziskuju visoka početna ulaganja koja su nepovratna ili se mogu vratiti samo u dužem vremenskom periodu ("sunk costs").[2] Zbog toga je i cena energije koja se dobija iz obnovljivih izvora u prvim godinama rada postrojenja mnogo veća od cene energije koja se dobija iz klasičnih, odnosno neobnovljivih fosilnih izvora (uglja, nafte, gasa) i nuklearnog goriva. Ulaganje u obnovljive izvore je stoga po pravilu neisplativo u odnosu na ulaganje ostale komercijalno dostupne izvore energije.[3]

Ipak, solarna energija je u novije vreme postala ekonomski konkurentna fosilnim gorivima i orijentisanje ka njoj predstavlja važan deo globalnog procesa okretanja ka obnovljivim izvorima energije. Za eksploataciju sunčane energije i njenu transformaciju u električnu energiju koriste se uglavnom dve vrste tehnologije: fotonaponske ćelije i elektrane na fokusiranu sunčanu energiju (concentrated solar power plants - CSP).[4] Tehnologija pretvaranja energije Sunca u toplotnu ili električnu energiju je značajno pojeftinila tokom poslednjih decenija, a tome su doprineli i državni podsticaji za ulaganja u ovaj sektor.

Proces okretanja ka obnovljivim izvorima energije ima ishodište na međunarodnom nivou u Konvenciji Ujedinjenih nacija o promeni klime iz 1992. godine [5] i Protokolu iz Kjotoa[6] iz 1997. godine koji predviđa da će svaka od država ugovornica da bi podstakla održivi razvoj, sprovesti i dalje razraditi politike i mere kao što su:

"Istraživanje, podrška razvoju i povećanom korišćenju novih i obnovljivih oblika energije…"[7]

S porastom ekološke svesti i radi smanjenja sopstvene energetske zavisnosti, mnoge države su, sledeći ovu obavezu, postavile sebi kao nacionalni cilj da pove-

---

[2] J. Bošković, K. Đurić, D. Turanjanin, Solarni izvori energije u funkciji održivog razvoja, Ekonomija, teorija i praksa, br. 4/2017, 50.

[3] Ibidem.

[4] S. Mehdi Mohaghegh, CSP vs PV – Understanding the current situation and future outlook, 30 November 2015, UCL Institute for Sustainable Resources Blog. https://blogs.ucl.ac.uk/sustainable-resources/2015/11/30/csp-vs-pv-understanding-the-current-situation-and-future-outlook/ [29. juna 2018]

[5] ""Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori," br. 2/97.

[6] "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 88/2007 i 38/2009 - dr. zakon.

[7] Član 2 Protokola iz Kjotoa.

ćaju udeo obnovljivih izvora energije u ukupnoj proizvodnji i potrošnji, odnosno u energetskom bilansu. Da bi taj cilj postigle, predvidele su državne podsticaje za ulagače koji su spremni da se upuste u rizik ulaganja u ovaj sektor energetike.

U navedeni trend se ubrzo uključila i Evropska unija, čija je strategija podsticanja upotrebe obnovljivih izvora energije, operacionalizovana nizom mera kojima treba da se ohrabre ulaganja u postrojenja za proizvodnju "čiste" ili "zelene" energije. Prvo je, tokom devedesetih, usvojen niz programskih dokumenata u kojima se pominjala potreba za preduzimanjem mera Unije koje će stvoriti stabilan okvir za razvoj u ovoj oblasti.[8] Zatim je Direktivom 2001/77/EC o podsticanju proizvodnje električne energije iz obnovljivih izvora na međunarodnom energetskom tržištu,[9] Evropska unija postavila strateški cilj da do 2010. godine poveća udeo energije iz obnovljivih izvora na 12 % od ukupne potrošnje energije i na 21,2 % od ukupne potrošnje elektične energije u tadašnjih 15 država članica.[10] U navedenoj direktivi, indikovani su nacionalni ciljevi za svaku državu članicu.

Sprovodeći odredbe ovog strateškog dokumenta u delo, da bi dosegle svoje indikovane nacionalne ciljeve, mnoge države članice su uvele podsticajne šeme u nacionalnom zakonodavstvu koje su dovele do toga da je udeo električne energije iz obnovljivih izvora do 2009. godine porastao na 18%.[11] U ovome su prednjačile Nemačka i Španija. Između ostalog, Španija je već 2004. godine (RD 436/2004) uvela povlašćenu cenu (feed-in tarifu)[12] za one proizvođače koji svoju proizvodnju solarne energije unose u nacionalnu mrežu za distribuciju električne ener-

[8] 1995 EC White Paper on the "Energy Policy for the European Union", 1997 White Paper for a Community Strategy and Action Plan, 1998 European Council's Resolution on renewable sources of energy.

[9] Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market Direktiva 2001/77/EZ).

[10] Direktiva 2001/77/EZ, član 3, st. 4.

[11] Mario Ragwitz et al, Recent experiences with feed-in tariff systems in the EU – A research paper for the International Feed-In Cooperation, Nov. 2010, 3 www.feed-in-cooperation.org/wDefault.../IFIC_feed-in_evaluation_Nov_2010.pdf [29. jun 2018]

[12] Feed--in tarifa postoji u dva oblika: u prvom obliku garantuje se fiksna cena po kWH električne struje, a u drugom premija koja se plaća na tržišnu cenu eleketrične struje. Ukoliko se ovakva pomoć garantuje proizvođaču struje na period od 15-20 godina, proizvođaču se pruža visoki stepen sigurnosti ulaganja. IFIC, Recent experiences with feed-in tariff systems in the EU – A research paper for the International Feed-In Cooperation, November 2010, str. 3.

gije.[13] Ovakvu meru Evropska unija naziva "direktnom cenovnom podrškom".[14] Njome se želi obezbediti sigurnost prihoda tokom dužeg vremenskog perioda tako da ulaganja u razvoj obnovljivih izvora energije postanu profitabilna.[15] Podsticajne šeme u državama članicama bile su dugoročne, odnosno garantovana je cenovna podrška u rasponu od deset do dvadeset godina.[16]

Feed-in tarife su u početku dale odlične rezultate.[17] No, tokom vremena, pokazalo se da su one ekonomski neodržive, te su države članice, uključujući i Španiju pristupile izmenama zakona kojima su odobrene, što je uticalo na profitabilnost ulaganja. Taj proces postepenog "povlačenja" podsticaja, izazvan je promenom okolnosti na globalnom tržištu, na koje je ne mali uticaj izvršilo izbijanje finansijske krize 2008. godine i stezanje kaiša u državnim budžetima. Ubrzo posle pucanja balona stambenih kredita, pukao je balon državne pomoći za solarnu energiju ("solar subsidy bubble").[18] Osim toga, početkom 2009. godine naglo su pale cene fotonaponskih modula i istovremeno je znatno porastao broj ulaganja

[13] S. Meija, Protecting Legitimate Expectations and Regulatory Change: the Spanish Case, Spain Arbitration Review 2014, Volume 2014, Issue 21, 123.

[14] Direktiva 2001/77/EC, 14. i 15. stav Prambule. Godine 2000, samo devet država članica obezbeđivalo je feed-in tarifu, da bi taj broj porastao na 20 od 27 država članica 2012. godine. Mario Ragwitz et al, 4. U Srbiji, Uredbom o podsticajnim merama za proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora i iz visokoe kasne kombinovane proizvodnje električne i toplotne energije iz 2009. godine, omogućene su subvencije za izgradnju solarnih elektrana. J. Bošković, K. Đurić, D. Turanjanin, 61. Vlada je propisala povlašćenu cenu (feed-in-tarifu) za solarnu energiju u iznosu od 23 Evrocenta po 1 kWh što je bilo u okvirima tadašnjeg evropskog proseka od 20-30 Evrocenta po 1 kWh. Uspostavljena je i ugovorna obaveza obaveznog otkupa električne energije po povlašćenoj ceni koja traje 12 godina. https://www.buderus.co.rs/obnovljiva-energija/podsticaji-i-subvencije-2.html.[29. jun 2018]. Vlada je potom smanjivala subvencionisanu cenu donošenjem dve nove Uredbe, prethodne od 2013. i važeće Uredbe od 2016. godine ("Sl. glasnik RS", br. 56/2016 i 60/2017). Trenutno je cena u evrocentima po kWh za povlašćene proizvođače znatno manja nego u početku.

[15] M. Sabatini, Fair and Equitable Treatment under the Energy Charter Treaty: Disputes over the Repeal of the Incentives for Renewable Energy Sources, CILS international arbitration symposium, 2016, Salzburg, slide 6.

[16] Commission Staff Working Document The support of electricity from renewable energy sources Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources {COM(2008) 19 final}, 23 january, 2008, 5.

[17] Skoro 100 procenata svih fotonaponskih kapaciteta koji su izgrađeni do kraja 2009. godine u Evropi bili su podignuti na državnim podsticajima putem feed-in tarife. Mario Ragwitz et al, 7.

[18] T. Fecak, International Investment Agreements and EU Law, Kluwer Law International 2016, 529.

u solarne elektrane.[19] Državni budžeti i potrošači jednostavno nisu mogli izdržati obećani nivo subvencija. Neke države članice uključujući i Španiju retroaktivno su izmenile zakonodavstvo kojim su obećani podsticaji za ulaganje u obnovljive izvore energije, uključujući i fotonaponska i CSP postrojenja.

Izmene u režimu predvidela je i Evropska unija. Direktivom 2009/28/EC koja je stavila van snage Direktivu 2001/77/EC predviđeno je da do 2020. godine udeo obnovljivih izvora energije u ukupnoj potrošnji energije u zemljama Evropske unije iznosi obaveznih 20%. Državama članicama su sada propisani obavezni (ne više samo indikovani) nacionalni ciljevi "čija je osnovna svrha da obezbede sigurnost za ulagače i da podstaknu stalni razvoj tehnologija koje stvaraju energiju iz različitih vrsta obnovljivih izvora."[20]

Ova Direktiva uvodi složen zakonodavni okvir u kome su predviđeni različiti instrumenti i podsticaji koje države članice mogu da primene kako bi dostigle svoj indikativni nacionalni cilj, uključujući tu i direktnu cenovnu pordršku ulagačima.[21]

UGOVOR O ENERGETSKOJ POVELJI

Ugovor o energetskoj povelji (u daljem tekstu ECT – od Energy Charter Treaty)[22] je međunarodni sporazum potpisan decembra 1994. godine u Lisabonu na talasu otopljavanja u odnosima između istočnoevropskih i zapadnoevropskih država po prestanku Hladnog rata. Stupio je na snagu već u aprilu 1998. godine, pošto ga je ratifikovalo trideset zemalja, a danas ima pedeset tri države članice.[23] Među njima su sve zemlje Evropske unije, kao i sama Unija, ali i niz drugih zemalja, u Evropi i izvan nje.[24] Reč je o važnom regionalnom multilateralnom me-

[19] M. Sabatini, slide 7.

[20] Direktiva 2009/28/EZ, Preambula, stav 14.

[21] Vid. opširnije o ovoj direktivi na sajtu Evropskog Parlamenta: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.4.9.html [29. jun 2018].

[22] Ponekad se ovaj međunarodni ugovor pogrešno naziva Energetska povelja. Dok je Energetska povelja neobavezujući dokument, Ugovor o energetskoj povelji je međunarodni ugovor koji za države koje ga potpišu, ako nisu stavile rezervu protiv privremene primene, stvara međunarodne obaveze od trenutka potpisivanja.

[23] V. https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/ [23. juna 2018]

[24] Za spisak pedesetak članica i država koje su potpisivanjem prihvatile privremenu primenu, v. https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/ Najzanimljivije je da je Ruska Federacija bila potpisnica Ugovora o energetskoj povelji, ali je u međuvreme-

đunarodnom ugovoru koji je trenutno jedini koji se posebno bavi investicijama u sektoru energetike.

Prema članu 2, cilj Ugovora je da se ustanovi pravni akt koji će omogućiti dugoročnu saradnju u oblasti energetike, zasnovanu na komplementarnosti i na uzajamnoj koristi, u skladu sa ciljevima i načelima Povelje. On prema tome obuhvata strana ulaganja u proizvodnju svih vrsta energije, kao i trgovinu energetskim sirovinama i proizvodima i njihov tranzit, uz određene izuzetke. Ukratko, to je jedan složen međunarodni dokument veoma široke primene, namenjen za prekogranična ulaganja i trgovinu u energetskom sektoru u Evroazijskom regionu.[25]

Između ostalog, ugovor sadrži odredbe kojima se ulagači u sektor energije štite od eksproprijacije, nepravičnog tretmana i pružaju im se druga prava kakva se obično nalaze u BIT-ovima (Bilateral Investment Treaties - dvostrani sporazumi o podsticanju i zaštiti ulaganja) .[26] Među raznim obavezama ističe se obaveza države članice da učestvuje u međunarodnoj arbitraži koju protiv nje pokrene ulagač druge države članice u sektoru energetike. Otprilike jedna osmina svih poznatih investicionih sporova do sada pokrenuta je na osnovu ECT-a, mada je on samo jedan od pravnih instrumenata pomoću kojih se štite ulaganja.[27]

Dve odredbe ECT-a su poslužile kao osnov za podizanje tužbi ulagača u sektor obnovljive energije: član 10 , stav 1 koji sadrži odredbu o poštenom i pravičnom tretmanu ulagača[28] i član 13 koji uređuje zabranu nezakonite eksproprijacije.[29]

---

nu odustala od članstva i povukla svoj potpis. To nije smetalo ulagačima da je tuže u investicionim sporovima, na osnovu privremene primene

[25] Energy Charter Secretariat Reader's Guide to the Energy Charter Treaty, https://is.muni.cz/el/1422/jaro2017/MVV2368K/um/ECT_Guide_ENG.pdf

[26] B. Lepotić, Ugovor o energetskoj povelji kao instrument za sigurnost investicija u oblasti energetike, Pravo i privreda, 5-8/2007, 293-303, M. Stanivuković, S. Đajić, Investicioni sporovi na osnovu ugovora o energetskoj povelji, Pravna riječ, 39/2014, 577-601.

[27] Drugi su dvostrani ugovori o zaštiti ulaganja (BIT-ovi), ICSID konvencija i diplomatska zaštita. D. Bishop, G. Kaiser, Guide to Energy Arbitration, Second edition, 2017, The Breadth and Complexity of the International Energy Industry https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142563/the-breadth-and-complexity-of-the-international-energy-industry [23. jun 2018].

[28] Relevantni deo člana 10 stav 1 Ugovora o energetskoj povelji koji se odnosi na pošten i pravičan tretman glasi: "1. Svaka ugovorna strana podstiče i stvara, u skladu s odredbama ovog Ugovora, stabilne, pravične, povoljne i transparentne uslove za ulagače drugih ugovornih strana za izvršenje ulaganja na svom području. Takvi uslovi uključuju obvezu da se osigura, u svako doba, pošteno i pravično postupanje s ulaganjima ulagača drugih ugovornih strana. …..."

[29] Član 13 Ugovora o energetskoj povelji glasi: "1. Ulaganja ulagača ugovorne strane na području neke druge ugovorne strane ne smeju se nacionalizovati, eksproprisati ili podvrgnuti meri

"SOLARNI INVESTICIONI SPOROVI"

U "solarnim investicionom sporovima" raspravlja se o podsticajima koje su mnoge države odobrile ulagačima u projekte i postrojenja za proizvodnju obnovljive energije. Prvo mesto na listi tuženih zauzima Kraljevina Španija. Ulagači se žale na to što se ova zemlja oglušila o svoje obaveze preuzete na osnovu podsticaja za uvođenje solarne energije usvojenih 2007. godine.[30] Reč je o arbitražnim sporovima za koje se arbitražni sudovi formiraju na osnovu arbitražne klauzule sadržane u članu 26 ECT-a.

Pod sloganom "Sunce može biti vaše" (*the Sun can be yours*), pokrenuta je 2005. godine posle izbora nove vlade u Madridu, promotivna kampanja privlačenja investicija u sektoru solarne energije koja se sastojala od paketa subvencija, poreskih podsticaja, povoljnih kredita i kreditnih garancija. Između ostalog u pamfletu nadležnog ministarstva pomenuto je da profitabilnost projekata može da dostigne i do 15 procenata na godišnjem nivou.[31]

U maju 2007. uvedena je nova regulisana feed-in tarifa za fotonaponska postrojenja uredbom RD 661/2007. Ulaganja su bila mnogo veća od očekivanih i već u jesen iste godine dostignut je željeni cilj (100 procenata) u pogledu izgrađenih fotonaponskih kapaciteta[32]. Međutim, ubrzo je nastupila ekonomska kriza, te je Španija 2010. godine zakonom (RDL 14/2010) uvela maksimalni broj kilovat časova koje proizvođači mogu prodavati po povlašćenoj tarifi, a uredbom (RD 1565), ograničila broj godina tokom kojih se može koristi feed-in tarifa na 25 (što je 2011. godine produženo na 30) i uvela naplatu naknade za korišćenje prenosne i elektrodistributivne mreže. To nije pomoglo da se izbegne tarifni deficit od 26 milijardi evra,[33] pa je ova država nastavila reforme tokom 2012, 2013.

---

ili merama s dejstvom jednakim nacionalizaciji ili eksproprijaciji (dalje u tekstu "eksproprijacija"), osim ako je takva eksproprijacija: (a) (sprovedena) u javnom interesu; (b) nediskriminatorska; (c) sprovedena u zakonitom postupku; i (d) popraćena isplatom brze, odgovarajuće i delotvorne naknade."

[30] Ch. N. Brower, 'Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?', Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 3/2015, 660.

[31] Charanne v. Spain, Award, pasus 95.

[32] Charanne v. Spain, Award, pasus 128.

[33] T. Jones, A. Ross, Second loss for Spain over solar reforms, GAR, 19 February 2018. Pod tarifnim deficitom se podrazumeva razlika između troškova tarifa i premija koje su morale da se plate proizvođačima obnovljive energije i prihoda koji se dobijao od prodaje struje potrošačima. Eiser v. Spain Award, pasus 124. Najveći deo ovog deficita odnosio se na isplate za fotonaponski

i 2014. godine uvodeći propise koji su sve nepovoljnije uticali na profitabilnost ulaganja u čitav sektor obnovljive energije. To su između ostalih bili propisi RDL 9/2013 i RDL 24/2013 kojima je stavljen van snage režim iz 2007. i promenjen način računanja razumne zarade (reasonable returns), odnosno isplate podsticaja proizvođačima, tako što su kao glavni parametar uzeti troškovi "standardnog postrojenja" sa životnim vekom od 25 godina. Ulagači su reagovali pokretanjem arbitraža.[34] Za kratko vreme Španija je postala četvrta najčešće tužena zemlja na svetu,[35] a region Zapadne Evrope je u 2015. godini nakratko zauzeo prvo mesto po broju tužbi podnetih ICSID-u.[36] Protiv Španije je pokrenuto četrdeset sporova na osnovu ECT-a. Sve tužbe podnete su posle 2011. godine. Ukupna vrednost tužbenih zahteva procenjena je u španskim medijima na oko 7,6 milijardi evra.[37] Postupci su se vodili, odnosno vode se, u različitim gradovima i po različitim arbitražnim pravilima - najveći broj po pravilima ICSID-a, zatim po pravilima UNCITRAL-a i SCC-a.

Zahvaljujući tome što su pokrenuti povodom istih ili povezanih zakonodavnih i regulatornih mera, španski solarni sporovi su postali jedna velika laboratorija za ispitivanje dozvoljene granice nestabilnosti pravnog sistema. U tome su nasledili ranije argentinske sporove u kojima su postavljeni temelji doktrine zaštite legitimnih očekivanja u slučaju legislativnih promena.[38]

Mnogi od arbitražnih postupaka još uvek su u toku, mada su pokrenuti pre pet-šest godina.[39] Do trenutka kada se zaključuje ovaj tekst doneto je pet odlu-

sektor. RDL 14/2010 donet je kao hitna mera za rešavanje tarifnog deficita. V. Charanne v. Spain, Final Award, pasus 156.

[34] B.M. Cremades Sanz-Pastor, D.J.A. Cairns, ICCA International Handbook on Commercial Arbitration National Report for Spain, 23 May 2017, 35-36. V. spisak na vebsajtu ove organizacije. https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/

[35] T. Fecak, 529. Autor se poziva na statistiku UNCTAD-a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/197?partyRole=2 (28 April 2016).

[36] T. Jones, Spain suffers loss in solar power case, GAR, 05 May 2017.

[37] D. Thomson, EU warns Spain not to pay solar awards, GAR, 19 January 2018,. 1.

[38] Argentinski sporovi su se vodili u velikom broju povodom promene regulatornog režima, odnosno ukidanja konvertibilnosti pezosa u dolar za povlašćene ulagače usled nastupanja ekonomske krize. U vezi sa legitimnim očekivanjima naročito se ističu tri argentinska predmeta – Continental, Total, and El Paso. Vid. opširnije M. Potesta, Legitimate Expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept 28 ICSID Review (2013), 89.

[39] Na primer, prvi od njih pokrenut je u novembru 2011. godine i do danas nije rešen: *The PV Investors v. Kindgom of Spain, UNCITRAL arbitration.* Poslednji, *Solarpark Management GmbH*

ka u španskim predmetima: *Šaran*[40]; *Izoluks Nederlands*[41], *Ajzer*[42]; *Novenergia*[43] i *Masdar.*[44] U dva slučaja (*Šaran* i *Izoluks*) tužena je prevladala, a u preostala tri je izgubila spor.

Osim Španije i druge države su se našle na meti ulagača u sektor obnovljive energije. Na primer, protiv Češke Republike, pokrenuto je sedam sporova[45] i

& Co. Atum I KG (Germany) v. Kingdom of Spain, SCC, case No. V2015/163, pokrenut je 2015. godine.

[40] *Charanne B.V. and Construction Investments S.á.r.l v. Kingdom of Spain,* SCC arbitration Arbitration No.: 062/2012. Postupak je pokrenut 2013. godine, a arbitražna odluka je doneta 21. januara 2016. godine. Tužbeni zahtev je bio blizu 15 miliona evra. Odluka ima 134 strane [citirana kao: Charanne v. Spain, Final Award]..

[41] *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain., Arbitraje SCC V2013/153* . Postupak je pokrenut 3. oktobra 2013, a konačna arbitražna odluka je doneta 12. jula 2016. Tužbeni zahtev je iznosio oko 69 miliona evra plust oko 10 miliona evra kamate.

[42] *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg Sarl v. Kingdom of Spain ICSID Case No. ARB/13/36.* Postupak je pokrenut 23. decembra 2013, a arbitražna odluka je doneta 4. maja 2017. Tužbeni zahtev je iznosio preko 300 miliona evra. Odluka ima 165 strana [citirana kao: Eiser v. Spain, Award]..

[43] *Novenergia v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 063/2015. Postupak je pokrenut 8. maja 2015. Konačna odluka je doneta 15. februara 2018. Tužbeni zahtev je iznosio 61, 3 miliona evra. Odluka ima 208 strana [citirana kao Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,].

[44] *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain,* ICSID Case No. ABR/14/01. Postupak je pokrenut 11. februara 2014. godine i okončan arbitražnom odlukom od 16. maja 2018. godine. Tužbeni zahtev je iznosio 260 miliona evra. Odluka ima 228 strana [citirana kao: Masdar v. Spain, Award].

[45] M. Sabatini, slide 12. Vid. spisak šest sporova na vebsajtu ECT-a. https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/ Sedmi spor, Wirtgen and JSW Solar protiv Češke Republike, pokrenut je na osnovu češko-nemačkog BIT-a. Interesantno je da su ulagači, njih deset, protiv Češke Republike prvo pokrenuli jedan zajednički spor na osnovu ECT-a i dvostranih sporazuma sa Holandijom, Nemačkom, Kiprom, Luksemburgom i Ujedinjenim Kraljevstvom. Tužioci nisu bili međusobno povezani, ali se tužbeni zahtev odnosio na iste propise o fotonaponskom sektoru i zastupala ih je ista advokatska kancelarija. Češka je odgovorila tako što je imenovala različite arbitre za svaki tužbeni zahtev, tvrdeći da mora da se obrazuje šest arbitražnih veća. Četiri od tih veća su ipak bila identičnog sastava (Češka je imenovala istog arbitra), ali pod uslovom da tužioci ne traže spajanje postupaka. Tužilac se zatim obratio Stalnom arbitražnom sudu sa zahtevom da imenuje arbitra umesto Češke Republike, jer je tužena odbila da imenuje samo jednog arbitra za sve sporove. Stalni arbitražni sud je zahtev odbio i formirana su posebna veća za svaki od sporova. Čini se da su kasnije ta četiri spora ipak spojena u jedan. Vid. L G. Radicati Di Brozolo, F. Ponzano, 'Representative Aspects of "Mass Claim" Proceedings in Investor-State Arbitration', u knjizi B. Hanotiau, E. A. Schwartz (eds), Class and Group Actions in Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 14, 2016, 134. V. takođe, T. Jones, A. Ross, Czech Republic hits back at reports of solar loss, GAR, 25 January 2018, 2.

donete su dve odluke.[46] Protiv Italije je prvo pokrenuto pet sporova, da bi kasnije bila pokrenuta još četiri, zbog mera donetih 2014. godine.[47] Do sada je doneta jedna konačna arbitražna odluka i to u korist Italije.[48] Tri zahteva podneta su ranije i protiv Bugarske[49], a 12. juna 2018. godine, podnet je "solarni" zahtev pred ICSID-om i protiv Rumunije.[50]

Italija je pod uticajem "solarnih" sporova od 1. januara 2016. godine istupila iz članstva ECT-a. Međutim, ECT i dalje važi za ulaganja koja su do tada učinjena.

Navedeni sporovi i odluke su od velikog značaja za Evropsku uniju zbog problema tzv. intra-EU BIT-ova. Naime, tužioci su obično državljani država članica Evropske unije, a tužene su države članice, pa se postavlja pitanje da li je rešavanje ovih sporova u skladu sa pravom te organizacije.[51] Međutim, mi se ovde nećemo baviti tim problemom, koji je za Srbiju ipak od sekundarnog značaja. Naprotiv, posvetićemo pažnju sadržini odluka koje su donete, kako bi se ustanovilo kakvi propusti prilikom promene zakonodavstva mogu da dovedu do odgovornosti države za povredu prava ulagača. Istina, Srbija nije članica Ugovora o energetskoj povelji, ali slični sporovi mogli bi se protiv nje pokrenuti na osnovu BIT-ova.[52]

---

[46] Prva je bila doneta u oktobru 2017. u predmetu Wirtgen and JSW Solar protiv Češke. V. https://www.italaw.com/cases/6428.

[47] V. spisak svih devet sporova na vebsajtu ECT-a. https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/. V. takođe, L. Yong, Italy faces another solar claim, GAR, 13 December 2016.

[48] Odluka je doneta u korist države u predmetu *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Nichael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ABR/14/03. M. Sabatini, slide 12. V. takođe: T. Jones, Light shed on Italy's solar win, GAR, 08 June 2017, 1.

[49] A. Katzarsky, T. Dimitrova, Investment disputes in the energy sector: recent developments, 7. https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-013 7631?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1 V. takođe: Bulgaria Faces Its First Known Arbitration Claim From A Foreign Investor In Renewable Energy Generation Sector Feb 14, 2018.

[50] Z. Williams, Romania Is Hit With A New Energy Charter Treaty Claim, Investment Arbitration Reporter, Jun 13, 2018.

[51] V. R. Vukadinović, O nearbitrabilnosti investicionih sporova iz EU intra BIT-ova, Pravo i privreda, 4-6/2018,. 48-66.

[52] U jesen 2013. godine luksemburško društvo Securum Equity Partners, društvo kći američkog ulagača, pretilo je da će pokrenuti komercijalnu arbitražu protiv Srbije na osnovu ugovora, pred London Court of International Arbitration i istovremeno ICSID investicionu arbitražu, na osnovu belgijsko-luksemburškog BIT-a. U avgustu je društvo raskinulo ugovor sa vladom Srbije o

INDIREKTNA EKSPROPRIJACIJA

Investitorima nije jednostavno da dokažu da je izvršena nezakonita eksproprijacija na osnovu člana 13 ECT-a.[53] Dugo ni u jednoj odluci nije utvrđena odgovornost tužene države za ekproprijaciju na osnovu te odredbe, sve dok nisu donete tri odluke u predmetu Jukos 2014. godine. Zbog toga ne čudi što nijedan od tužbenih zahteva zasnovanih na indirektnoj eksproprijaciji u španskim predmetima do sada nije bio uspešan.

Šaran protiv Španije

Za razliku od većine kasnijih predmeta, tužbeni zahtev se odnosio samo na reforme uvedene 2010. godine (RD 1565/2010 i RD-L 14/2010).[54] Tužioci su 2009. godine stekli akcije privrednog društva koje je bilo vlasnik 34 fotonaponska postrojenja u Španiji. U tužbi su tvrdili da su usled usvojenih mera njihove akcije u društvu izgubile vrednost i postale neprofitabilne. Član 13 ECT-a, po njima, štiti ne samo svojinu na akcijama, nego i njihovu vrednost i zaradu koja se na njima može ostvariti.

Pored toga, izneli su argument s pozivom na odluku Vivendi II,[55] da je oštrina mere i njeno značajno dejstvo (efekat) na uživanje ili ekonomsku upotrebu ulaganja, od suštinskog značaja za utvrđivanje da li je došlo do eksproprijacije. Arbitražna praksa ne zahteva da ulaganje bude u potpunosti uništeno (*total destruction*) ili da bude potpuno izgubljena kontrola nad njim (*loss of control*), da bi se smatralo da je došlo do eksproprijacije, već je dovoljno da postoji značajno ili bitno narušavanje prava (*substantial interference*). Efekat španskih mera na profitabilnost ulaganja tužlaca je, po njihovim rečima, bio brutalan, a iznosio je za jednu grupu postrojenja 10, a za drugu 8,5 procenata.[56]

---

izgradnji solarne elektrane. Tužbeni zahtev koji je najavljen iznosio je 160 miliona evra. Vid. US company to sue Serbian government at London Court of International Arbitration http://www.itar-tass.com/c32/834431.html; Srbiji stigle tužbe za solarni park, Danas, sreda 13.11.2013.

[53] Vid. npr. Nycomb protiv Letonije. Tužilac se pozivao na povredu člana 10, stav 1 i člana 13 ECT-a, ali je uspeo samo u prvom zahtevu.

[54] Charanne v. Spain, Final Award, pasusi 452 i 481. V. takođe, T. Jones, A. Ross, Second loss for Spain over solar reforms GAR, 19 February 2018.

[55] Compañia de Agues del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, para. 7.5.17.

[56] Charanne v. Spain, Final Award,pasusi 283-284.

Arbitražno veće je konstatovalo da je tužilac uložio u akcije, odnosno u društvo za proizvodnju solarne energije, te da zaštićeno ulaganje na osnovu člana 1, stav 6 ECT-a mora biti u svojini ili pod kontrolom ulagača, a u ovom slučaju, kao što je istakla Španija, tužilac nema u svojini niti kontroliše buduću zaradu od svojih akcija.[57]

Za postojanje indirektne eksproprijacije potrebno je da mere države imaju bitno dejstvo na imovinska prava ulagača. Takvo dejstvo može se materijalizovati ne samo kada su oduzete sve vrednosti, već i deo vrednosti koje čine ulaganja. Međutim, u ovom slučaju, tužioci su još uvek vlasnici akcija i neometano uživaju prava koja iz tog vlasništva proističu a privredno društvo u kome su stekli akcije i dalje ostvaruje profit. Eksproprijacija se može sastojati u gubitku kontrole nad ulaganjem ili u gubitku njegove vrednosti. Da bi gubitak vrednosti bio jednak eksproprijaciji, on mora biti takvih razmera, da se može izjednačiti sa lišavanjem imovine. Drugim rečima, pad stope profita, izazvan zakonodavnom intervencijom države, može dovesti do eksproprijacije akcija u privrednom društvu samo na posredan način: tako što će rezultirati u gotovo potpunom gubitku vrednosti tih akcija. U ovom slučaju, arbitražno veće smatra da bez obzira na to što je ozbiljno smanjena profitabilnost privrednog društva u svojini tužilaca, to nije uticalo na vrednost akcija u takvoj meri da bi predstavljalo eksproprijaciju.[58]

Isolux protiv Španije

Predmet tužbe u ovom sporu bile su reforme uvedene 2012–2013. godine. Isolux je 2012. godine stekao udeo u 117 malih privredni društava koja su bila vlasnici fotonaponskih postrojenja.

Da bi se utvrdilo da je došlo do indirektne eksproprijacije, zakonodavna promena mora da utiče na gubitak vrednosti ulaganja do te mere da ta vrednost bude u potpunosti uništena. U ovom postupku nije dokazano da je došlo do takvog uništenja vrednosti.[59] Mada je profit fotonaponskih elektrana opao, one su ga i dalje ostvarivale. Tuženi je podneo dokaz da su tužioci u sporu pred Ustav-

[57] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 459.

[58] Charanne, pasusi 461-465. Arbitar tužioca koji je napisao odvojeno mišljenje u ovom delu se složio sa većinom u arbitražnom veću. Dissenting opinion, pasus 2.

[59] Arbitar tužioca koji je napisao odvojeno mišljenje u ovom delu se složio sa većinom u arbitražnom veću.

nim sudom Španije povodom istog propisa izneli da im je očekivani profit 6 % što je bilo manje od 7 % razumnog profita koji je uveden osporenim reformama.[60]

Ajzer protiv Španije

Tužilac u predmetu Ajzer istakao je dva zahteva na osnovu člana 13. Jedan od njih odnosio se na porez od 7% koji je Španija uvela 2012. godine, na proizvodnju energije. Arbitražni sud je odbacio ovaj zahtev kao nedopušten, budući da nije poštovana specijalna procedura obaveštavanja nacionalnih poreskih organa predviđena u članu 21, stav 5, tačka b, tačka i ECT-a.[61]

Drugi zahtev se odnosio na zakonodavne mere tužene kojima je u potpunosti izmenjen specijalni režim iz RD 661/2007. Arbitražno veće se ovde pozvalo na procesnu ekonomiju koja mu dozvoljava da kompleksno činjenično stanje reši primenom člana 10, stav 1 ECT, dok ostale tužbene zahteve, zasnovane na drugim odredbama ECT-a (uključujući član 13) mada ih je razmotrilo, arbitražno veće ne mora rešavati, budući da odgovornost po drugim osnovima, za isto činjenično stanje na koje se tužilac poziva, ne bi dovela do drukčijeg računanja pretrpljene štete.[62] Arbitražno veće je, prema tome, oslobodilo sebe obaveze da odlučuje o postojanju nezakonite eksproprijacije imovine tužioca, time što je prethodno zaključilo da je tužena država povredila standard poštenog i pravičnog tretmana ulaganja, time što je radikalno izmenila zakonodavni okvir koji je predstavljao njegovu osnovu.[63]

Ipak, iz obrazloženja arbitražne odluke se može zaključiti da je arbitražni sud smatrao da je u ovom slučaju bio prisutan najvažniji preduslov za nastupanje indirektne eksproprijacije - regulatorna intervencija Španije dovela je do oduzimanja "doslovno čitave vrednosti ulaganja".[64] U takvim uslovima je arbitražno veće zaključilo da se svrha zaštite garantovane odredbama ECT-a može ostvariti bez posebnog razmatranja tužbenog zahteva koji se odnosio na eksproprijaciju.

[60] Odluka u ovom predmetu doneta je na španskom jeziku. Za potrebe ovog rada, korišćen je prevod odgovarajućih pasusa na engleski jezik koji se nalazi u tekstu: C. Hendel, Squaring the Circle: Reconciling Conflicting Awards in the Eiser and Isolux Spanish Renewable Cases (Part II) Kluwer Arbitration Blog, July 28, 2017, 1.

[61] Eiser v. Spain, Award, pasusi 273-298.

[62] Eiser v. Spain, Award,pasusi 352-356.

[63] Eiser v. Spain, Award, pasusi 409, 418.

[64] Eiser v. Spain, Award, pasus 365.

To potvrđuje i deo odluke koji se odnosi na iznos naknade,[65] u kome se primenjuje standard određen za povredu člana 13 (nezakonita eksproprijacija), bez obzira što je utvrđena povreda FET standarda sadržanog u članu 10, stav 1 (FET):

"Mada u ovom slučaju arbitražni sud nije ni stigao do toga da odlučuje o zahtevu za eksproprijaciju, kalkulacija naknade štete ovde zahteva primenu slične procene potencijalnih budućih prihoda aktivnog privrednog društva koje ima predvidljive troškove kapitala i poslovanja i tokove gotovine."[66] Isto je učinjeno i u slučaju izračunavanja kamate.[67] Iz toga proističe, da je suštinski, u pogledu krajnjeg rezultata, svejedo da li će biti ustanovljena indirektna esproprijacija ili povreda FET-a.

Novenergija protiv Španije

Nasuprot situaciji u predmetu Ajzer, tužilac je u sporu Novenergija protiv Španije izneo tužbene zahteve u vezi sa povredom FET i zabrane eksproprijacije kao alternativne. Prema zahtevu tužioca, naknada za eksproprijaciju bi bila niža i ovaj tužbeni zahtev je tretiran samo kao alternativni, u slučaju da zahtev za povredu FET-a ne bude uspešan.[68]

U ovom predmetu, slično kao u predmetu Šaran, ulaganje tužioca sastojalo se u udelima u privrednom društvu - proizvođaču fotonaponske solarne energije i u zaradi od tog ulaganja.

S druge strane, kao i u predmetu Ajzer, zahtev je bio uperen protiv serije regulatornih mera koje su u potpunosti ukinule specijalni režim na osnovu uredbe RD 661/2007, koja je jasno i nedvosmisleno formulisala pravo tužioca na povlašćenu feed-in tarifu ukoliko se registruje, odnosno koja je predvidela pravo svakog fotonaponskog postrojenja da dobija garantovanu tarifu tokom celokupnog radnog veka. Čim je registrovano ovo pravo je stečeno po španskom zakonu.[69] Tužilac je tvrdio da je uništeno 50 procenata njegovog ekonomskog interesa za ulaganje.[70] Tužena je pak iznela podatak da je profit tužioca pao sa 8, 4 procenata na 6,6 procenata, što se ne može smatrati dovoljno velikim gubitkom za postojanje eksproprijacije.

---

[65] Eiser v. Spain, Award,pasusi 420 i dalje.

[66] Eiser v. Spain,Award, pasus 465.

[67] Eiser v. Spain, Award,pasus 475.

[68] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus759.

[69] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus723.

[70] Noenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus739.

Arbitražni sud je smatrao da je zahtev na osnovu eksproprijacije neosnovan (mada je prihvatio zahtev na osnovu povrede FET-a).[71] Nijedna od mera koju je Španija usvojila nije imala svrhu da izvrši eksproprijaciju ni takvo dejstvo. Mada su te mere imale ozbiljan uticaj na ulaganje tužioca i zbog toga tužilac ima pravo na naknadu zbog povrede člana 10, stav 1 ECT-a, one nisu ni na koji način utica-le na svojinska prava tužioca. Tužilac je i dalje vlasnik akcija. Ako su te akcije i izgubile u vrednosti, one same nisu eksproprisane niti su izložene merama dejstva jednakog eksproprijaciji.[72]

Masdar protiv Španije

U predmetu *Masdar,* tužilac je, verovatno svestan relativno malih šansi za uspeh, odustao od tužbenog zahteva vezanog za indirektnu eksproprijaciju.[73]

Legitimna očekivanja

Ironija sudbine je da su legitimna očekivanja prvi put definisana od strane arbitražnog suda u investicionoj arbitražnoj praksi u kontekstu FET-a, u predmetu Tecmed koji je španski investitor pokrenuo protiv Meksika, na osnovu španso-meksičkog BIT-a.[74] Sada se Španija nalazi u ulozi tuženog u brojnim predmetima u kojima treba ustanoviti povredu legitimnih očekivanja.

Najvažnije pitanje koje tribunali treba da reše jeste da li član 10 stav 1 Ugovora o energetskoj povelji koji sadrži klauzulu o poštenom i pravičnom tretmanu sprečava državu da izmeni pravni režim opšte primene koji je postojao u vreme kada je ulagač izvršio ulaganje.[75] Drugim rečima, da li je država obavezna da nastavi sve do kraja da daje podsticaje koje je obećala na početku ulaganja. Za razliku od mnogih BIT-ova, odlika je ECT-a da u članu 10, u prvoj rečenici pominje magičnu reč "stabilan" koja se odnosi na uslove za izvršenje ulaganja na njenom području.

[71] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasusi 760 i dalje.

[72] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 762.

[73] Masdar, Award, pasus 138.

[74] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, pasus 154.

[75] Charanne v. Spain, Final Award, 21 January 2016, pasus 545.

Arbitri su u dosadašnjim španskim odlukama bili jednoglasni u tome da FET klauzula ne sprečava državu da vrši izmene zakonodavstva izuzev ako je posebno obećala ulagaču ugovornom stabilizacionom klazulom da će pravni režim ostati neizmenjen tokom celokupnog trajanja ulaganja.[76] Drugim rečima, u odsustvu posebnog obećanja (*specific commitment*), ulagači ne mogu imati legitimna očekivanja da će zakonodavni režim ostati neizmenjen.[77] Međutim, to ne znači da država koristeći svoje pravo da reguliše ne može povrediti FET. Postoje granice do kojih se proteže regulatorna moć države i upravo su te granice predmet razmatranja u slučajevima protiv Španije.[78] Pitanje je dakle, kada se ulagač može pozvati na klauzulu poštenog i pravičnog tretmana na osnovu ECT-a da bi dobio naknadu zbog toga što je država koristila svoje pravo da reguliše.[79] To će biti slučaj kada su izmene koje su usvojene nesrazmerne ciljevima koji se izmenama zakona žele ostvariti i ako se nije vodilo računa o legitimnim očekivanjima ulagača da će pravni režim u svojim suštinskim karakteristikama ostati stabilan.[80] Posebno to će biti slučaj ako izmene dovode do drastičnog gubitka vrednosti investicije.[81]

Nadležno ministarstvo Kraljevine Španije je posle donošenja propisa 661/2007 na kome je većina ulagača zasnivala svoja očekivanja, u maju 2007. izdala saopštenje za štampu u kome je između ostalog rečeno:

"profitabilnost će porasti na 8% za postrojenja koja budu odlučila da snabdevaju distributere i između 7% i 11% zarade za postrojenja koja budu učestvovala na tržištu veleprodaje. Tarifa će biti preispitana svake četvrte godine uzimajući u obzir ispunjenje postavljenih ciljeva. Na osnovu preispitivanja biće učinjena prilagođavanja tarife imajući u vidu nove troškove i nivo ispunjenosti ciljeva. Buduće *izmene tarife neće se primenjivati na postojeća postrojenja*. Ovim se *garantuje pravna sigurnost* za proizvođače struje *i stabilnost za ceo sektor*, čime se podstiče

[76] Vid. M. Stanivuković, Stabilizaciona klauzula i klauzula o zaštiti stečenih prava, Liber amicorum Gašo Knežević, Beograd,2016, str. 533.

[77] Vid. Charanne v. Spain, Final Award, pasus 499. Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 654, Eiser v. Spain, Award, pasus 362, Masdar v Spain, Award, pasus 485.

[78] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 647.

[79] Eiser v. Spain, Award, pasus 362.

[80] Richard Power (Clyde & Co.), Novenergia v. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims? Kluwer Arbitration Blog March 20, 2018, 2.

[81] Eiser v. Spain, Award, pasus 387.

razvoj. Novi propisi neće se primenjivati retroaktivno."[82] [naglasak autora] Ipak, kasnije je došlo do izmene tarife i do retroaktivne primene zakona.

Šaran protiv Španije - nisu izneverena legitimna očekivanja

Prema stavu arbitražnog veća u ovom predmetu, legitimna očekivanja su jedan od faktora koji treba razmotriti kada se ispituje da li je država prekršila svoje obaveze poštenog i pravičnog tretmana iz člana 10, stav 1 ECT-a.[83] Arbitraži sud je prvo zaključio da Španija nije dala posebna obećanja tužiocima da se pravni režim neće menjati. Pored stabilizacione klauzule u ugovoru takvo obećanje može se dati i posebnim izjavama upućenim konkretnom ulagaču.[84]

Zatim se okrenuo pitanju da li pravni režim koji postoji u vreme ulaganja, sam po sebi može da izazove legitimna očekivanja. Većinom glasova doneta je odluka da promena zakonodavnog režima nije povredila legitimna očekivanja ulagača. Ulagač ne može imati legitimna očekivanja da se postojeći pravni režim neće menjati ako nije dobio posebna obećanja o tome.[85] Da bi se mogli pozvati na legitimna očekivanja na osnovu opštih pravnih normi, tužioci su morali da izvrše revnosnu analizu pravnog okvira za ulaganje, što nisu dokazali da su učinili.[86]

U ovoj odluci, povučena je razlika između "regulatornog standarda" (tj. opštih pravnih normi) i "posebnog obećanja države":

"Mada su RD 661/2007 i RD 1578/2008 upućene ograničenoj grupi ulagača, to ih ne čini obećanjima koja su posebno upućena svakom od ulagača. Pravne norme koje su predmet razmatranja ne gube svoju opštu prirodu koja karakteriše svaki zakon ili propis na osnovu njegovog posebnog obima primene. Kada bi se regulatorni standard tretirao kao posebno obećanje države, samo zbog ograničenog broja lica koja mogu njime biti pogođena, to bi prekomerno ograničilo ovlašćenja države da uređuje ekonomiju u skladu sa javnim interesom."[87]

Ovakav stav arbitražnog suda predstavlja, u određenom smislu, podizanje lestvice za nastupanje odgovornosti države zbog povrede legitimnih očekivanja

[82] Eiser v. Spain, Award, pasus 111. Citat se u nešto kraćem obliku pojavljuje i u odluci Masdar, pasus 463, tačka VII.

[83] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 486.

[84] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 490-494.

[85] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 499.

[86] Charanne v. Spain, Final Award,pasus 505-507.

[87] Charanne v. Spain, Final Award,pasus 493.

ulagača, u poređenju sa ranijom praksom, barem kada je reč o praksi arbitražnih sudova koji deluju pod okriljem ICSID-a.[88] Naime, iz obrazloženja odluke u predmetu Šaran se može zaključiti da za nastanak legitimnih očekivanja nije dovoljno da povoljan zakonodavni okvir bude predočen potencijalnim ulagačima kako bi se oni naveli da izvrše ulaganje[89], već je potrebno da uz to država pruži izričita uveravanja da taj zakonodavni okvir neće menjati u budućnosti.[90]

U odvojenom mišljenju, treći arbitar je izneo suprotan stav, da legitimna očekivanja u stvari mogu nastati na osnovu pravnog sistema koji je na snazi u vreme ulaganja, naročito ako pravila koja su doneta, kao što je to bio slučaj sa propisima RD 661/2007 i 1578/2008, imaju za deklarisani cilj da privuku ulaganja u određeni sektor ekonomije.[91]

Važan stav u odluci je da države prijema imaju pravo da prilagode svoj pravni režim kako bi "odgovorile na promenu okolnosti u javnom interesu" ("to respond to the changing circumstances in the public interest").[92] Ovaj stav preuzet je iz odluke u predmetu Elektrabel protiv Mađarske koja je takođe doneta tumačenjem ECT-a.[93] Arbitražni sud se pozvao i na "argentinske" odluke CMS protiv Argentine i El Paso protiv Argentine, koje takođe sadrže stav da pravni režim može da evoluira da bi se prilagodio promenjenim okolnostima.[94]

Arbitražni sud koji je sudio u predmetu Šaran je zatim postavio tripartitni test za ocenu da li je država ipak izneverila legitimna očekivanja ulagača izmenom zakonodavstva. Taj test obuhvata ocenu da li su izmene bile protivne javnom interesu, da li su bile nerazumne i da li su bile neproporcionalne (*whether ….the Respondent acted unreasonably, against the public interest, or in a disproportiona-*

[88] Vid. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8) Award, May 12, 2005; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007; LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., LG & E International Inc. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability, October 3, 2006.

[89] Vid. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, pasus 277.

[90] Charanne v. Spain, pasus 490.

[91] Charanne v. Spain, Dissenting opinion, pasusi 5-6. Vid. takođe, Isolux v. Spain, odvojeno mišljenje pasus 4.

[92] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 500.

[93] Electrabel v. Hungary, ICSID CASE NO. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, part VII, p. 21, para 7.77.

[94] CMS v. Argentina, pasus 277, El Paso v. Argentina, pasusi 350, 352.

te fashion).[95] Standard srazmernosti koji je kasnije citiran u drugim predmetima formulisan je ovako:

"Arbitražni sud smatra da je zahtev srazmernosti ispunjen ukoliko izmene zakona nisu nasumične ili nepotrebne, pod uslovom da te promene nisu iznenadno i neočekivano uklonile suštinske karakteristike pravnog režima koji je prethodno postojao."[96]

Po zaključku arbitražnog suda, promene španskih zakona nisu izneverile legitimna očekivanja tužioca jer su predstavljale ograničene izmene regulatornog režima koji je važio u vreme ulaganja i nisu eliminisale njegove suštinske karakteristike, koje su naročito obuhvatale postojanje garantovane povlašćene tarife tokom celog radnog veka postrojenja.[97]

Isolux protiv Španije - nisu izneverena legitimna očekivanja

Kao što je rečeno, predmet Isolux se odnosio na dalje reforme koje je Španija sprovela posle 2012. godine kako bi rešila problem tarifnog deficita. Primenjeni su isti standardi proproconalnosti i razumnosti radi procene da li su zakonodavne promene mogle da iznevere legitimna očekivanja ulagača.[98] Takođe, ponovljen je stav iz prethodne odluke da su obećanja data u propisima nedovoljno posebna i usmerena da bi kod ulagača mogla da izazovu legitimna očekivanja o stabilnosti pravnog režima.

Arbitražni sud je ustanovio da je Isolux započeo svoja ulaganja u fotonaponski sektor posle prvog talasa reformi sprovedenog 2010. godine.[99] Po mišljenju arbitražnog suda, tužilac nije mogao imati legitimna očekivanja o stabilnosti režima u vreme ulaganja jer se pravni režim nekoliko puta menjao u godinama pre ulaganja,[100] a Vrhovni sud Španije je u svojim odlukama već potvrdio da nema prepreka za izmenu pravnog režima, što je razuman ulagač morao da zna.[101] Štaviše, tužilac je znao za ovu sudsku praksu.[102] Naime, povezano pri-

[95] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 515 i dalje.

[96] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 517.

[97] Charanne v. Spain, Final Award, pasus 539.

[98] Isolux v. Spain, Award, pasus 430.

[99] Tom Jones, Second loss for Spain over solar reforms, GAR, 19 February 2018, str. 2.

[100] Isolux v. Spain, Award, pasus 788.

[101] Isolux v. Spain, Award, pasusi 793-794.

[102] Isolux v. Spain, Award, pasus 795.

vredno društvo tužioca je pokušalo da ospori date mere pred španskim sudovima i o njegovom zahtevu je Vrhovni sud Španije doneo odluku pre nego što je izvršeno ulaganje. Prema stavu Vrhovnog suda, promene su dozvoljene ukoliko se poštuje pravo ulagača da ostvari razumu stopu zarade. Imajući u vidu saznanje tužioca o ovoj odluci Vrhovnog suda, tužilac je morao imati u vidu kada je izvršio ulaganje, da je ukidanje specijalnog režima realna mogućnost, pod uslovom da se održi razumna stopa zarade.[103]

U odvojenom mišljenju treći arbitar je izrazio stav da tužilac u vreme kada je izvršio svoje ulaganje u postrojenja koja su već stekla prava na povčašćenu tarifu nije mogao predvideti da će usvojene mere potpuno eliminisati povlašćenu feed-in tarifu, bez prava na naknadu.[104] Ako bi se ta mogućnost prihvatila, onda ništa ne bi sprečavalo Španiju da nekom narednom zakonodavnom promenom ukine i rzumnu stopu zarade koja je garantovana novim (osporenim) propisima.

Ajzer protiv Španije - izneverena su legitimna očekivanja

U predmetu Ajzer tužiocu je dosuđena naknada štete u iznosu od 128 miliona evra zbog povrede člana 10, stav 1.[105] Dovedene su u pitanje iste mere iz 2012-2014. koje su prošle bez sankcije za tuženu državu u predmetu Izoluks.[106] Doduše, tužioci nisu imali fotonaponsku tehnologiju, već su upravljali sa tri elektrane za fokusiranje energije Sunca (CSP) koje su puštene u rad 2012. godine. CSP elektrane su veliki i složeni poduhvati. Odluku da investiraju doneli su u avgustu 2007. godine, odmah po donošenju RD 661/2007. Proces planiranja, finansiranja i dobijanja odgovarajućih dozvola, kao i izgradnje trajao je nekoliko godina.[107]

Citirajući odluku Šaran i ADC protiv Mađarske, arbitražni sud se pozvao na kriterijum srazmernosti: prihvatio je da je tužena imala istinski problem sa tarifnim deficitom, te da je stoga bila prinuđena da usvoji razumne mere za rešavanje tog problema. Međutim, morala je pritom da poštuje obaveze koje je imala na osnovu ECT-a, uključujući obavezu da ulagačima pruži pošten i pravičan tre-

[103] Isolux v. Spain, pasus 804.

[104] Isolux v. Spain, dissenting opinion, pasus 7.

[105] Protiv arbitražne odluke je Španija pokrenula postupak za poništaj.

[106] Tribunal nije dozvolio da odluka u predmetu Isolux, koja u to vreme još nije bila u javnom domenu, bude priložena od strane tuženog.Eiser v. Spain, pasus 92.

[107] Eiser v. Spain, Award, pasusi 118-120.

tman.[108] Taj tretman, prema stavu arbitražnog suda, uključuje stabilnost pravnog režima na kome je ulaganje zasnovano. Pravni režim ne može se radikalno izmeniti u odnosu na postojeća ulaganja na način koji bi lišio ulagače vrednosti koju su uložili oslonivši se na taj pravni režim.[109]

Ocenjeno je da je zakonodavna reforma sprovedena 2013. i 2014. godine, kojom je zamenjen raniji režim od 2007. godine predstavljala "potpunu i nerazumnu promenu" (*total and unreasonable change*)[110] pravnog režima na kome su ulaganja zasnovana, da je Španija usvajanjem RDL 9/2013, zakona 24/2013, RD 413/2014 i ministarske naredbe IET/1045/2014 drastično i iznenada (*drastically and abruptly*) promenila taj režim i to do te mere, da je ulaganje tužilaca izgubilo svaku vrednost.[111] Klauzula o poštenom i pravičnom tretmanu štiti ulagače od fundamentalnih promena (*fundamental changes*) koje bi bile sprovedene ne vodeći računa o situaciji u kojoj se nalaze postojeća ulaganja koja su učinjena na osnovu prethodnog pravnog režima.[112]

Novi režim je bio eksperimentalnog karaktera i kao takav nije bio ranije primenjen na proizvođače solarne energije ni u jednoj državi. Bio je usmeren na smanjenje pomoći u odnosu na CSP tehnologiju koju je tužilac koristio i umanjio je projektovanu zaradu tužioca za 66 procenata u poređenju sa zaradom kojoj se nadao na osnovu prethodnog režima.[113] Projektovana "razumna zarada" bila je zasnovana na procenama o troškovima hipotetičnog "standardnog postrojenja", a da pritom nisu bili uzeti u obzir konkretni troškovi postojećih ulagača. Dok je projektovana "razumna zarada" iznosila oko 7,39 procenata, kod tužioca realna zarada je pala na 3,7 procenata.

Nove mere imale su razoran efekat na ulaganja tužioca zbog dve njihove karakteristike: kada je u pitanju CSP tehnologija, ulaganja se moraju predujmiti u celosti, ona su kapitalno visoko intenzivna na početku, u ranim fazama projekta. Drugo, veliki procenat ulaganja, čak 77 procenata u ovom sektoru, pribavlja se putem zaduživanja. Privredna društva u koja je Ajzer uložio uzela su oko 640 miliona evra zajmova. Ovi zajmovi mogli su se dobiti zbog sigurnosti prihoda koja je bila obezbeđena propisima iz 2007. godine na koje su se ulagači i njihovi finan-

[108] Eiser v. Spain, Award, pasusi 370-371.

[109] Eiser v. Spain, Award, pasus 382.

[110] Eiser v. Spain, Award, pasus 363-365.

[111] Eiser v. Spain, Award, pasus 387.

[112] Eiser v. Spain, Award, pasus 363.

[113] Eiser v. Spain, Award, pasus 389.

sijeri oslonili. Nivo zarade koji se ostvaruje po novom režimu nije dovoljan ni da se pokriju troškovi finaniranja i operativni troškovi, a kamoli da ulagačima ostane neki višak ili zarada. Praktično, sve elektrane u svojini tužioca iskazuju gubitke i morale su reprogramirati svoje dugove prema finansijerima. Zbog toga je njihova procenjena vrednost pala na samo 4 miliona evra, mada je u njih uloženo oko 125 miliona evra.[114]

Upoređujući činjenično stanje sa činjeničnim stanjem u predmetu Šaran, arbitražni sud je konstatovao da su mere na koje su se ulagači u tom slučaju žalili imale manje dramatično dejstvo od mera u ovom slučaju.[115] Čini se da je u ovom slučaju, za ishod arbitražnog spora bilo presudna konkretna situacija ulagača. Procena o tome koja je izmena radikalna, drastična, potpuna ili nerazumna, zavisi ponajviše od konkretnih okolnosti, odnosno od njenih efekata na konkretnog ulagača. Budući da je po oceni arbitražnog suda efekat bio gotovo potpuni gubitak vrednosti ulaganja, moglo bi se reći da je ovde bilo elemenata da se prihvati tužbeni zahtev na osnovu člana 13. Međutim, arbitražni sud je, kao što je ranije rečeno, s pozivom na procesnu ekonomiju, odlučio samo u tužbenom zahtevu na osnovu FET-a.

Arbitražni sud je odluku obrazložio povredom FET-a, bez mnogo pozivanja na legitimna očekivanja. Tumačeći obavezu na pružanje FET-a u ECT-u, arbitražni sud je najveći naglasak stavio na stabilnost pravnog režima kao jedan od suštinskih elemenata FET-a i ciljeva ECT-a.[116] Stabilnost je posmatrao u sklopu FET-a, a ne kao posebnu obavezu.

Novenergija - povređena su legitimna očekivanja

U Novenergiji, naknada štete dosuđena je zbog istih zakonodavnih mera kao u predmetu Ajzer, i to na iznos od 53 miliona evra. Podsetimo se, tužilac je bio ulagač u fotonaponski sektor i uložio je u septembru 2007. godine.

U odsustvu stabilizacione klauzule u ugovorima, postavilo se pitanje na čemu se mogu zasnovati opravdana (legitimna) očekivanja stabilnosti pravnog režima. U ovom slučaju, arbitražni sud je bio najradikalniji, jer je zaključio da ta-

[114] Arbitražno veće konstatovalo je u pasusu 347 ove odluke da je tužilac uložio oko 126 miliona evra, što znači da mu je za povredu pravičnog i poštenog tretmana dosuđena naknada otprilike jednaka njegovom ulaganju.

[115] Eiser v. Spain, Award, pasus 368.

[116] Eiser v. Spain, Award, pasusi 374-387.

kva očekivanja "nastaju prirodno iz obećanja i uveravanja" države (*arise naturally from undertakings and assurances*).[117] Nije čak nužno da to budu izričito preuzete obaveze, već je dovoljno da se država ponaša na način koji objektivno izaziva takva očekivanja ili da daje izjave koje mogu izazvati očekivanja.[118] Ponašanje i izjave mogu uzeti oblik propisa. Pritom, nije bitno da li je država to i nameravala.[119]

U ovom predmetu ulagač se uspešno pozvao na sadržinu ranijih propisa, programske dokumente španskih ministarstava, te na marketinške pamflete koji su korišćeni da bi se "namamili" ulagači. [120] Na osnovu njih, tužilac je stekao legitimna i razumna očekivanja da neće biti radikalnih niti fundamentalnih promena posebnog režima predviđenog u RD 661/2007.[121]

Pre nego što je prešao na utvrđivanje da li su promene koje je španski zakonodavac uveo bile radikalne i fundamentalne, arbitražni sud se osvrnuo na tri prethodne odluke koje su donete u sličnim sporovima (Šaran, Izoluks i Ajzer). Složio se sa stavom arbitražnog suda u predmetu Šaran da zakonodave mere usvojene 2010. godine nisu predstavljale povredu FET-a.[122] U Izoluksu ulagač je izvršio ulaganja 2012. godine, kada je već bilo jasno da će doći do promena specijalnog režima za fotonaponska postrojenja iz 2007. godine.[123] Arbitražni sud se složio sa kolegama iz Izoluksa da se prva rečenica člana 10, stav 1 ECT-a ne može tretirati kao posebna obaveza tuženog da obezbedi stabilnost pravnog režima, već je treba posmatrati u sklopu FET-a i zaštite legitimnih očekivanja.[124] Za Ajzer, arbitražni sud je zaključio da veoma liči na Novenergiju, jer su ulaganja i tamo izvršena već 2007. godine.[125] Razlika je bila u razmerama pretrpljene štete koja je bila mnogo veća u Ajzeru.

Međutim, arbitražni sud se nije složio sa pristupom usvojenim u predmetu Ajzer, da je neophodno da je ulaganje tužioca praktično izgubilo svaku vrednost da bi se smatralo da je tuženi povredio obavezu pravičnog i poštenog tretmana.

---

[117] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 650.

[118] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasus 651.

[119] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasusi 652.

[120] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasusi 553-556, 666-669. Arbitražni sud je u pasusu 674 propise i druge dokumente tuženog u vreme ulaganja okarakterisao kao "mamac".

[121] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasus 681.

[122] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasusi 685.

[123] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasusi 694.

[124] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasus 641 i dalje.

[125] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasusi 687.

Ovakva ocena je neophodna samo kada treba utvrditi povredu člana 13 ECT-a, a kada je reč o povredi člana 10, stav 1, treba vagati između interesa države da reguliše i legitimnih očekivanja i oslanjanja ulagača. Razmere štete koju je ulagač pretrpeo su samo jedan od indikatora da je došlo do promene bitnih karakteristika pravnog režima.[126] Uzevši sve u obzir, arbitražni sud je ocenio da su promene pravnog režima uvedene aktom RDL 9/2013 bile neočekivane i radikalne. One su takođe imale veliko štetno dejstvo na tužiočevo ulaganje.[127] Smanjenje zarade u periodu od 2013-2016 iznosilo je od 24 do 32 procenta. Te promene su definitivno ukinule fiksnu feed-in tarifu i primenjene su retroaktivno.[128] Kao i u ranijim predmetima, priznato je pravo Španiji da reguliše, ali je jasno rečeno da to pravo nije nesputano.[129]

Arbitri iz Novenergije (predsedavajući je bio Šveđanin) bili su posebno impresionirani odlukom u predmetu švedske braće Mikula protiv Rumunije koja se može smatrati jednim od ekstremnijih primera široke primene doktrine legitimnih očekivanja.[130] Tužilac u predmetu Masdar je takođe isticao paralele između svog slučaja i predmeta Mikula protiv Rumunije.[131]

Masdar protiv Španije - izneverena su legitimna očekivanja

Tužilac je uložio oko 80 miliona evra u tri CSP elektrane 2008. i 2009. godine, posle donošenja RD 661/2007. Radi ostvarivanja ulaganja elektrane u koje je uložio uzele su 540 miliona evra zajmova. Sličnost sa predmetom Ajzer je očigledna. Međutim, analiza arbitara bila je drukčija.

Arbitražni sud je analizirao situaciju polazeći od sledećih premisa: da je svrha FET standarda da pruži ulagaču sigurnost (1) da pravni režim na osnovu koga je uložio neće biti izmenjen na nerazuman ili neopravdan način i (2) da pravni re-

[126] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award,pasus 694.

[127] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 695.

[128] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 697.

[129] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 688. Vid. takođe i predmet Masdar v. Spain, Award, pasus 486.

[130] Novenergia v. Spain, Final Arbitral Award, pasus 649-650, 654. Vid. M. Stanivuković, Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania, TDM Journal, Vol. 14, issue 1. Published : January 2017.

[131] Masdar v. Spain, Award, pasus 401.

žim neće biti izmenjen na način koji je suprotan posebnim obećanjima koja su data ulagaču.[132]

Konstatujući da postoje dve škole mišljenja o tome šta može biti osnova za legitimna očekivanja ulagača - jedna koja smatra da to mogu biti i opšti pravni propisi i druga koja smatra da to mogu biti samo posebna obećanja države data ulagaču,[133] arbitražni sud smatra da ne mora da se opredeljuje, jer u ovom predmetu postoje i opšti propisi i posebna obećanja.[134] Prihvatajući da po mišljenju prve škole, opšti propisi potencijalno mogu biti osnov legitimnih očekivanja, arbitražni sud konstatuje da je tužilac obavio pravni due diligence i da ga savetnici nisu upozorili da bi povlašćena feed-in tarifa po propisu RD 661/2007 mogla kasnije biti potpuno ukinuta.[135] Za razliku od prethodnika, ovaj arbitražni sud je prihvatio i tezu tužioca da je RD 661/2007 sadržao stabilizacionu klauzulu (član 44, stav 3), što bi sa stanovišta prve škole bilo dovoljno da se smatra da je država preuzela obavezu da ne menja svoje zakonodavstvo.

Arbitri su u većini prethodnih odluka smatrali da Španija nije dala posebne garancije za nepromenljivost pravnog režima. Po tome se odluka Masdar razlikuje od ostalih. Posebna obećanja arbitražni sud je našao u postupku koji je ulagač morao da sledi da bi mogao da koristi povlastice po propisu RD 661/2007. Država je garantovala stabilnost povlastica pod uslovom da ulagač ispuni određeni broj materijalnih i procesnih uslova u određenom roku. Posebno, država je preuzela obavezu da će ulagačima obezbediti mogućnost da trajno uživaju povlastice ukoliko u propisanom roku od tri godine učine sve što je neophodno da bi se registrovali u registru koji je vodio nadležni organ (RAIPRE). Prema oceni arbitara, ovo je bila posebna jednostrana ponuda države. Trebalo bi smatrati da je ulagač prihvatio tu ponudu ukoliko bi u roku ispunio materijalnopravne uslove izgradnje postrojenja i formalnopravne uslove registracije.[136] Za razliku od arbitražnog suda u predmetu Šaran, koji je registraciju smatrao samo administrativnim uslovom, arbitražni sud u Masdaru (kao i arbitri u predmetu Mikula) smatra da okolnosti slučaja zahtevaju drukčiji zaključak. U ovom slučaju, posle preregistracije, svako od postrojenja dobijalo je posebnu odluku (rezoluciju) nadležne direkcije u kojoj je izričito navedeno da se datom postrojenju odobrava režim predviđen

[132] Masdar v. Spain, Award,pasus 484.

[133] Masdar v. Spain, Award, pasusi 490-493.

[134] Masdar v. Spain, Award, pasus 511.

[135] Masdar v. Spain, Award, pasus 498.

[136] Masdar v. Spain, Award,pasus 512.

u RD 661/2007. Godinu dana kasnije, društvo majka ovih postrojenja zatražilo je u njihovo ime od nadležnog španskog ministarstva pojašnjenje o tome kolika će biti "naknada koju će dobijati tokom celokupnog svog radnog veka." Ministarstvo je odgovorilo pojedinačno svakom od postrojenja da se "trenutno" primenjuje tarifa predviđena u RD 661/2007. Arbitražno veće je ovo prokomentarisalo na sledeći način:

"bilo bi teško zamisliti obećanje koje bi bilo konkretnije od odluke (rezolucije) koju je Španija posebno adresirala svakom od društava koja su upravljala elektranama, u kome se potvrđuje da se svaka od tih elektrana kvalifikovala na osnovu ekonomskog režima predviđenog u RD 661/2007 *tokom svog "radnog veka"*."[137]

Drugim rečima, arbitražni sud je smatrao da je Ministarstvo potvrdom o tome da se na tužioce, odnosno, na njihove elektrane, trenutno primenjuje taj propis, dalo obećanje da će se taj režim primenjivati do kraja radnog veka.

ZAKLJUČAK

Važno je napomenuti da su u vreme kada su uvedeni, podsticaji za proizvodnju obnovljive energije bili u eksperimentalnoj fazi što je dovelo do toga da su se države učile na pokušajima i promašajima. Nesigurnost koja je pratila mere i neizvesnost njihovog ishoda, očigledna je u direktivi Evropske unije 2001/77/EZ, koja priznaje da:

"je još uvek rano odlučivati o pravnom okviru šema državne pomoći koji bi bio uveden na nivou Unije (tada Zajednice), imajući u vidu ograničena iskustva sa nacionalnim šemama (u državama članicama) i sadašnji relativno nizak udeo električne energije koja je u Zajednici proizvedena iz obnovljivih izvora energije uz državnu pomoć (povlašćenu cenu)." Preambula, stav 15.

Imajući to u vidu, čini se da je Španija, kao i druge države morala tokom vremena da vrši fino podešavanje ("fine tuning")[138] kako bi prilagodila usvojene mere konkretnim prilikama na tržištu i svojim ekonomskim mogućnostima. Pojavila se i nepredviđena okolnost: ekonomska kriza i tarifni deficit. Arbitri u predmetima Ajzer, Novenergija i Masdar su zaključili da je Španija reformom zakonodavstva u 2013. godini ipak otišla predaleko, da je prekoračila dozvoljenu granicu

[137] Masdar v. Spain, Award, pasus 520.

[138] Blasun v. Italy Italije, Award, pasus 105.

i da je umesto finog podešavanja, sprovela totalni zaokret koji se nije mogao očekivati.

Zaključak je da država, kada daje podsticaje za ulaganja, treba da jasno upozori ulagače da su promene podsticajnog režima moguće i da će se podsticajni režim periodično revidirati kako bi se ustanovilo da li je u skladu sa tržišnim kretanjima i sa javnim interesima. Takvo upozorenje treba da sadrže kako propisi o podsticajima, tako i promotivni pamfleti koje država daje potencijalnim ulagačima. Ni u kom slučaju ne bi trebalo ulagačima obećavati da će podsticaji ostati na snazi tokom dugog perioda, kao što je na primer period od 25 ili 30 godina. Ako se to ipak obeća, pa se pokaže da je iz objektivnih razloga neophodno izvršiti bitne promene podsticajnog režima, treba voditi računa o situaciji u kojoj su se zatekli oni ulagači koji su se oslonili na ranije odobrene podsticaje i za njih predvideti razumna prelazna rešenja, tako da vrednost njihovog ulaganja ne bude ozbiljno narušena. Sve dok su izmene podsticaja koje država čini postepene i umerene, ili propraćene pregovorima i sporazumima sa postojećim ulagačima, male su šanse da će arbitražni sud ustanoviti da nisu u skladu sa poštenim i pravičnim tretmanom. Tek kada postanu radikalne i kada izazovu veliku štetu ulagačima koji su se pouzdali u raniji režim, može se očekivati da će arbitražni sud odrediti da je obaeza poštenog i pravičnog tretmana prekršena.

Na kraju neophodna je jedna konstatacija, koja nije u direktnoj vezi sa predmetom rada. Već iz priloženih odluka pokazuje se neefikasnost ovakvog načina odlučivanja o zakonodavnim potezima države. Mada su većinom u pitanju iste regulatorne mere i isti ili slični tužbeni zahtevi, arbitražni sudovi moraju uvek ispočetka da izlažu činjenično stanje, pravni okvir, složenu činjenično pravnu argumentaciju i da obrazlažu svoje zaključke. Troše se ogromni vremenski, ljudski i finansijski resursi da bi se dokazivalo nešto o čemu su drugi arbitri već imali priliku da se uvere. Odluke su sve duže i poslednje se protežu na više od 200 strana, jer se treba osvrnuti i na stavove zauzete u prethodnim odlukama. Mogući su i različiti rezultati, pristupi i ocene prilikom odlučivanja o povredi istih odredaba istog akta (ECT-a). Tako će biti i u sledećih tridesetak predmeta pokrenutih povodom španskog solarnog projekta. Sve to govori o potrebi da se način rešavanja investicionih sporova racionalizuje i reformiše i da se bar u ovakvim slučajevima, kada su u pitanju iste mere i ista tužena država, pronađe neki bolji sistem rešavanja sporova.

MAJA STANIVUKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad
PETAR ĐUNDIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

INVESTMENT DISPUTES AGAINST SPAIN BASED ON THE ENERGY CHARTER TREATY IN RELATION TO SOLAR ENERGY

Summary

Enthusiasm demonstrated in Europe towards the replacement of sources of energy harmful for the environment with renewable energy sources has been supported in certain countries, since the beginning of this century, with financial incentives paid to investors in solar energy projects. The process was encouraged by the EU which established a time-frame for achieving projected goals in member states. However, after the outbreak of the global financial crisis in 2008, governments of countries such as Spain, Czech Republic and Italy realized that the system of subsidies was financially unattainable which led towards their substantial reduction. As a result, companies which had invested huge amounts into the solar energy sector and had suffered damage caused by the reduction of the state aid commenced a series of international arbitrations against responsible states known as "solar investment disputes". Disputes were launched based on provisions for protection of investments contained in the Energy Charter Treaty (ECT). Among other states, Spain was particularly affected by investors' claims. In the present paper authors analyze arbitral awards rendered in disputes against Spain to this date. The main focus of analysis are decision of arbitral tribunals with regards two main claims that have been raised by claimants – unlawful expropriation and the breach of fair and equitable treatment standard. The research demonstrates that arbitral tribunals hesitate to see the decrease in profits caused by the reduction of subsidies as unlawful expropriation of investments. On the other hand, in certain disputes, measures taken by the State were held to be a breach of the obligation to treat the investments in fair and equitable manner. An insight in reasoning of arbitrators is particularly relevant when it comes to the issue of whether changes in the general legislative framework, previously used by Spain in order to attract investors, can result in a violation of investors' legitimate expectation and, through this, a breach of the fair and equitable treatment guarantee contained in Article 10(1) of the ECT.

MARIJA KRVAVAC

MEDIJACIJA KAO ALTERNATIVNI METOD REŠAVANJA SPOROVA NA OSNOVU INTERESA STRANA

U V O D

Alternativni metodi rešavanja sporova imaju široku primenu u pravu modernih država i podrazumevaju postupak usmeren na rešavanje spornih predmeta između grupa ili pojedinaca postizanjem nekog sporazuma samostalno, ili uz pomoć neutralnog lica. Najčešći i najšire korišćen metod alternativnog rešavanja sporova predstavlja medijacija, čija primena ne isključuje sudsku zaštitu.

Pod medijacijom (posredovanjem) se podrazumeva bilo koji postupak u kojem stranke dobrovoljno nastoje da sporni odnos reše mirnim putem, uz pomoć jednog ili više posrednika koji stranama pomaže da postignu sporazum.[1] Reč je o dobrovoljnom, neobavezujućem postupku u kome strane slobodno raspolažu svojim zahtevima a posrednik ima mogućnost da iznese svoje mišljenje ili predlog rešenja spora u zajedničkom interesu stranaka. Reč je o posebnoj strategiji rešavanja konfliktnih situacija zasnovanih na interesima koja podrazume-

Dr Marija Krvavac, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

[1] Definicija je sadržana u članu 2. Zakona o posredovanju u rešavanju sporova Republike Srbije "Službeni glasnik RS" 55/2014. Videti Lj. Milutinović, *Sud ili medijacija-nađi svoj interes*, Publisher IFC, Beograd 2006, str. 8.

va proceduru u cilju pomirenja, uravnoteženja i harmonizacije potreba uključenih strana.

Posredovanje je moguće u imovinskopravnim sporovima čiji je predmet ispunjenje obaveze na činidbu, drugim imovinskopravnim sporovima, porodičnim, privrednim, radnim, upravnim stvarima, sporovima iz oblasti zaštite životne sredine, potrošačkim sporovima kao i drugim spornim odnosima koji imaju karakter medijabilnosti. U skladu sa tim, posrednik treba da bude obostrano prihvatljiva, nepristrasna i neutralna ličnost u iznalaženju konstruktivnog rešenja spora uvažavajući interese i ciljeve stranaka. Uobičajeno, stranke žele da pronađu najbolje rešenje spora posrednim pregovorima tako da ne bude pobednika ni pobeđenih.

Postupak medijacije nije u zavisnom odnosu sa pokretanjem sudskog ili arbitražnog spora tako da ne isključuje nijedan od njih, kao što ni odluka o podvrgavanju spora medijaciji ne zavisi od toga da li je pred nadležnim organom već pokrenut postupak. Nezavisno od ishoda medijacije strane mogu pokrenuti arbitražni ili sudski postupak u kojem činjenice, akti ili izjave date u postupku medijacije, po pravilu, ne proizvode dejstvo.

Medijacija je dugo predstavljala čisto privatan posao za čije normiranje država nije bila zainteresovana. Neformalan karakter, efikasniji, delotvorniji i jeftiniji postupak medijacije u poređenju sa sudskim, kao i težnja za rasterećenjem sudova dovela je do toga da država posegne za pravnim uređenjem medijacije. Po pravilu, nacionalni propisi regulišu pojam medijacije i medijatora, medijatorske organizacije kao i postupak medijacije, okončanje postupka i dr. Nacionalne odredbe o medijaciji uzimaju u obzir rešenja UNCITRAL Model zakon o međunarodnom trgovačkom mirenju[2] kao i posebna pravila o međunarodnoj medijaciji stalnih arbitražnih institucija, među kojima su Međunarodna trgovinska komora (ICC ADR Rules, ICC Rules for Expertise) u Parizu ili Američka Arbitražna Asocijacija (AAA-International Dispute Resolution Procedures).

U nizu sekundarnih izvora komunitarnog prava Evropska unija je usvojila Direktivu o medijaciji (2008.) radi ostvarivanja uravnoteženog odnosa između medijacije i sudskog postupka.[3] Značaj alternativnog rešavanja sporova na

[2] Model Law on International Commercial Conciliacion A/CN.S/WG:II/WP . 116 Usvojen 2002. u Njujorku. preuzeto sa; http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg-arb/wp-116e-pdf. Pristup 26.07.2018.

[3] EU Direktive on Mediation 2008/52/EC. http://www.europari.europa.eu/supporting-analiyses. pristup 10.07.2018.

nivou EU promovisan je Zelenom knjigom Komisije Evropskih zajednica o alternativnim načinima rešavanja sporova u građanskom i trgovinskom pravu (aprila 2002.) i isticanjem važnosti vansudskog načina rešavanja sporova; u Zelenoj knjizi za dostupnost potrošača pravdi u rešavanju potrošačkih sporova, kao i Direktivi 2007/64/EZ (2007.) o mirenju u građanskim i trgovačkim predmetima o prekograničnim kreditnim transferima; Direktivi 98/27/EC o nalozima za zaštitu potrošačkih interesa[4].

Direktiva 2008/52/EC predstavlja ključni događaj za sve zemlje članice u procesu uvođenja nacionalnih propisa o medijaciji u građanskim i privrednim stvarima. Direktiva propisuje da je medijacija "postupak, ma kako se on nazivao ili označavao, kojim dve ili više stranaka u sporu nastoje da same, na dobrovoljnoj bazi, postignu dogovor o rešavanju spora uz pomoć medijatora. Ovaj postupak mogu započeti same stranke ili ga može predložiti ili narediti sud, ili može biti propisan pravom države članice."

Pored toga, Direktiva predviđa četiri modela medijacije, iako države članice uglavnom primenjuju dobrovoljnu medijaciju (Italija i Češka u manjem procentu (8%) primenjuju medijaciju sa obaveznom prvom sesijom). Model medijacije koji se primenjuje u Italiji u manjem broju građanskih sporova, sa obaveznom prvom sesijom predstavlja primer najbolje prakse.[5] Obavezna medijacija za stranke znači da moraju da prisustvuju i da snose troškove celokupnog procesa medijacije kao preduslov obraćanja sudu. Aspekt *obaveze* primenjuje se samo na prisustvo tokom celokupne procedure, dok je odluka o postizanju sporazuma uvek dobrovoljna. Primera radi, obaveznu medijaciju u porodičnim sporovima prihvata Hrvatska, Mađarska, Litvanija, Malta.

POJAM I KARAKTERISTIKE MEDIJACIJE

Pregovaranje sukobljenih strana čini opštu karakteristiku svih vidova rešavanja sporova koji treba da dovedu do kompromisa. Ono predstavlja partnerstvo

[4] "Službeni list EU" L 319/1.

[5] Italija je zakonom uvela 2 postupka medijacije: *neobavezni* postupak koji se odnosi na bilo koju građansku i trgovačku parnicu, i *obavezni* postupak medijacije koji se odnosi na sporove u vezi svojinskih prava, raspodelu imovine, zaostavštinu i nasleđe, porodične stvari, ugovor o zakupu i zajmu, stanarsko pravo, medicinske greške, klevetu u medijima, osiguravajuće, bakarske i druge finansijske ugovore. Obavezna medijacija mora da se pokuša pre sudskog postupka.Bliže, Gobellini R., *The Italian mediation law reform*, ADR Bulletin , 12, 2010, str. 1-7. preuzeto: http://erepublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss3/4 pristup 5.08.2018.

u procesu razrešenja problema i donošenja zajedničke odluke kroz direktnu komunikaciju. Kao posrednici u pregovorima javljaju se najčešće medijatori (u medijaciji); miritelji (u koncilijaciji); evaluator (u evaluaciji); članovi odbora za rešavanje sporova; veštaci.[6]

Termin medijacija potiče od latinske reči "*mediare*" (posredovati) koji su u pravo uvele SAD 1970.[7] Posle ročišta za sudsko poravnanje medijacija je danas najčešći oblik alternativnog rešavanja sporova u američkim federalnim okruzima, stečaju i apelacionim sudovima.[8]

Medijator nužno vodi računa da ishod postupka bude najbolji za stranke, iako to nije i najbolji pravni ishod. Naime, medijacijski proces je otvoren za mnogo opcija i za nove argumente kojima strane nastoje da se problem reši na najbolji mogući način. U početku su medijabilni bili samo radni sporovi, nasuprot savremenom konceptu ADR prema kojem karakter medijabilnosti ima većina sporova proizašlih iz različitih oblasti društvenog života. Medijacija se bazira na interesima sukobljenih strana, stavljajući iste u prvi plan nasuprot moći ili nekom pravu stranaka. Postupak se pokreće u fazi konflikta kada se isti ne može rešiti bez učešća posrednika prihvaćenog od strana u sporu. Reč je o kvalifikovanom medijatoru koji u središte spora stavlja interese sukobljenih strana, dok stranke u samom postupku u prvi plan stavljaju bitna pitanja pretpostavljajući ih pitanjima od manjeg značaja u cilju uspešnog okončanja spora.

Koncept medijacije počiva na slobodnoj volji strana i njihovo prisustvo je obavezno na sastancima pred nautralnim medijatorom. Strane na sastancima mogu dogovoriti rešenje konflikta, odnosno mogu se nagoditi i u ranoj fazi postupka u kojem se podstiču da slobodno govore o okolnostima spora, da diskutuju o mogućim rešenjima, u pokušaju da pojasne različite stavove. Medijacijski sastanak stavlja naglasak na problemu, za razliku od sudskog ročišta u kojem je naglasak na predmetu spora, na zakonskim rešenjima i dokazima. Strane pokušavaju da ubede jedna drugu nudeći mogućnost usklađivanja, nasuprot sudskog procesa u kojem nemaju tako aktivnu ulogu.

---

[6] Bliže, G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, PF Beograd, 2009, str. 224.

[7] Za istorijski pregled u SAD-u, C.Moore, *The Mediation Process, PracticalStrategies Resolving Conflicts*, Jossey-Boss Publishers, San Francisco 1986, str. 19.

[8] R.Niemic, D.Stienstra, R.Ravitz, *Guide to Judical management of Cases in ADR*, Woshington, 2001, Federal Judical Center, str. 1-2.

Uprkos evidentnim razlikama, u medijacijskom procesu je ključna priprema stranaka za uspeh kao što je neophodna i detaljna procena činjenica; garantovana poverljivost podataka; nepristrasnost medijatora (što je obaveza i sudije) uz mogućnost iznalaženja kreativnog rešenja. Mogućnost komunikacije na načelima dobrovoljnosti, jednakosti i ravnopravnosti stranaka uz garantovanje privatnosti i poverljivosti postupka trebalo bi da podignu na viši nivo kulturu demokratske komunikacije u rešavanju sporova tako da su obe strane pobednici u procesu aktivnog "slušanja."[9] Ono uključuje radnje kao što su slušanje, razumevanje i refleksija.[10]

Nacionalni pravni sistemi mogu precizno da definišu medijabilni zahtev (u okviru čega su precizirani medijabilni zahtevi u građanskopravnim stvarima) ukoliko za pojedini spor nije propisana isključiva nadležnost domaćeg suda ili drugog nadležnog organa.

Nesporno je da države daju podršku medijaciji kao alternativnom matodu rešavanja sporova, njenom legalizacijom i institucionalizacijom. Time se u određenom obimu oduzima autonomija i stvaraju različiti koncepti tzv. kvazijavne, kvazidržavne medijacije.[11] Ona se sprovodi u vidu medijacije koju vode medijatori sa obavezne sudske liste ili organizacije koju je za to odredio sud; u obliku autorizacije, nadzora ili vezivanja medijacije za sud u organizacionom i prostornom smislu, njene aneksiju uz izuzimanje od procesnih normi zakona koji važe za sudske postupke; zakonskog propisivanja obavezne medijacije pred državnim sudom koja se provodi po odredbama parničnog postupka, čime postaje javna.[12]

KONCEPT MEDIJACIJE U SRBIJI

Pre stupanja na snagu specifičnih propisa o medijaciji u našem pravu je postojao pravni osnov za podsticanje stranaka na mirno rešavanje međusobnih sporova od strane suda u Zakonu o parničnom postupku. Polazeći od preporuka Ko-

[9] S. Šimac, *Odvjetnici i mirenje*, Referat sa 13. Hrvatskih Arbitražnih dana, Zagreb, 2005, str. 18.

[10] K.M. Ainsworth, *Workbook on Mediation*, Mediation TOT, Regional Program "Working together" Romania, 2001.

[11] G. Knežević,V. Pavić, cit. delo, str. 230-231.

[12] Ibid., str. 231.

miteta ministara Saveta Evrope o medijaciji u građanskim stvarima[13] odredbe Zakona o parničnom postupku su omogućile rešavanje građanskopravnih sporova posredovanjem ili na neki drugi miran način, čime je medijacija dobila okvir priznate zakonske procedure

Srbija je 2005. godine donela Zakon o posredovanju (medijaciji),[14]a 2014. Zakon o posredovanju u rešavanju sporova,[15] pored kojeg je Ministarstvo pravde Republike Srbije usvojilo i niz podzakonskih akata radi primene novog Zakona, kao što je Etički kodeks posrednika kojim se uređuju etički principi i pravila ponašanja posrednika,[16] Pravilnik o nagradama i nadoknadama u postupku posredovanja.[17] Prvobitno, zakon je regulisao medijaciju na opšti način kao proceduru. U tom smislu je definisana medijacija, regulisan postupak medijacije, uslovi i način izbora medijatora, a osnovan je i Centar za medijaciju (koji ima odeljenje za opštu građanski medijaciju; za porodičnu medijaciju; za upravnu medijaciju: za privrednu medijaciju; za krivičnu medijaciju).

Strane mogu pokrenuti postupak posredovanja pre ili nakon pokrenutanja sudskog postupka. Osim toga, strane imaju mogućnost da pokrenu medijaciju i u toku postupka po pravnim lekovima ili u toku izvršnog postupka.[18] Takođe, Zakon predviđa da strane mogu da se obavežu ugovorom da će u slučaju spora, ukoliko je medijabilan, pokušati da reše sporni odnos posredovanjem, pre pokretanja sudskog ili drugog postupka pravne zaštite, kao što mogu i odustati od postupka posredovanja u svakom trenutku. Dakle, medijacija u Srbiji nije obavezna, pokretanje postupka je dobrovoljno na osnovu izričite saglasnosti strana, osim u spor-

[13] Srbija je članica Saveta Evrope od 2003. Preporuka broj R (98). Komiteta ministara državama članicama o porodičnoj medijaciji (usvojena 22 juna 1988); Preporuka broj R (99) 19. Komiteta ministara država članica o medijaciji u krivičnim stvarima (usvojena 15. septembra 1999); Preporuka REC(2001) 9. Komiteta ministara državama članicama o alternativama za rešenje sporova između organa uprave i privatnih lica (usvojena 5. septembra 2001), Preporuka REC (2002) 10 Komiteta ministara državama članicama o medijaciji u građanskim stvarima (usvojena 18 septembra 2002).

[14] "Službeni glasnik RS", br. 18/2005.

[15] "Službeni glasnik RS", br. 33/2014.

[16] " Službeni glasnik RS", br. 146/2014.

[17] "Službeni glasnik RS", br. 35/2015.

[18] Član 30. Zakona o posredovanju u rešavanju sporova.

nim predmetima u kojima je posebnim zakonom pokretanje postupka posredovanja predviđeno kao uslov za vođenje sudskog ili drugog postupka.[19]

Po novom zakonu Registar posrednika vodi Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa (čl. 42), a jednu od najznačajnijih novina predstavlja sistem licenciranja, od strane organa za akreditaciju odgovornog za potvrdu procene, za verifikaciju trenutne usklađenosti sa kriterijumima i standardima (kroz monitoring i revizije), koji bi trebalo da obezbedi zadovoljavajući nivo rada medijatora. Predviđeno je i uspostavljanje sistema akreditacije obuke usmereno na obezbeđenje kvaliteta medijacije. Akreditacija predstavlja proces formalnog i javnog priznavanja i verifikacije da pojedinac, organizacija ili program ispunjavaju definisane kriterijume ili profesionalne standarde.

Postupak posredovanja se pokreće zaključenjem sporazuma o pristupanju posredovanju.[20] Takođe, zakon predviđa da će sporazum strana postignut u postupku posredovanja po pravilu imati snagu vansudskog poravnanja ali dozvoljava i da sporazum ima snagu izvršne isprave ukoliko je podoban za prinudno izvršenje Sporazum o rešavanju spora po novom zakonu mora biti potpisan od strane posrednika i punomoćnika koji prisustvuje posredovanju.[21] Propisana je i shodna primena Zakona o obligacionim odnosima.[22] Pokretanjem postupka posredovanja počinje zastoj zastarelosti potraživanja u odnosu na zahtev povodom kojeg se sprovodi postupak koji traje do 60 dana.[23]

Zakon o posredovanju u rešavanju sporova predstavlja opšti propis za primenu medijacije u raznim vrstama spora čime je definitivno stvoren pravni okvir za sprovođenje postupka posredovanja u našoj zemlji. Država je time podržala ovakav način mirnog rešavanja sporova i u određenoj meri ga stavila pod kontrolu. U tom smislu je interesantan koncept kvazijavne medijacije za koju je država legitimno zainteresovana.

---

[19] Primera radi Zakon o zabrani diskriminacije ("Sl.glasnik RS" br.22/2009) predviđa obavezu poverenika za zaštitu ravnopravnosti da po prijemu pritužbe lica koje smatra da je diskriminisano predloži sprovođenje postupka mirenja a pre preduzimanja drugih radnji u postupku (čl.38); U sličnom smislu obavezu posredovanja predviđa i Porodični zakon ("Sl. glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr-zakoni I 6/2015); Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu ("Sl.glasnik RS", br. 36/2010).

[20] Čl. 17. st. 1 Zakona.

[21] Čl. 26. st. 2 Zakona.

[22] "Službeni list SFRJ" br.29/78, 39/85, 45/89-odluka US I 57/89, "Službeni list SRJ", br. 31/93 i "Službeni list SCG", br. 1/2003-Ustavna povelja.

[23] Čl. 25. Zakona.

Zakon o parničnom postupku RS predviđa mogućnost rešavanja sporova medijacijom u toku trajanja parničnog postupka tako što će sud uputiti stranke na medijaciju ili na informativno ročište za medijaciju u skladu sa zakonom, odnosno ukazati strankama na mogućnost vansudskog rešavanja spora medijacijom ili na drugi sporazuman način (čl.11 ZPP RS).[24] Naime, sudija se u fazi mirenja u parničnom postupku nalazi u ulozi osobe koja može uputiti stranke u postupak posredovanja, odnosno u bilo kom stadijumu postupka sve do zaključenja glavne rasprave sudija može preporučiti strankama mirno rešavanje sporova.

Medijacija koja se pokreće posle započinjanja sudskog postupka, dobrovoljna ili inicirana na bazi upustva suda, vodi zaključku da zakonodavac paralelno prepoznaje i privatni i kvazijavni koncept medijacije i da otvara mogućnost njihove kohabitacije.[25] Važno je da parnični sud oceni koji je to najpogodniji moment za upućivanje na postupak posredovanja, a pre svega da identifikuje predmet u kome je to moguće sprovesti.[26] Ovo je nužno kada se ima u vidu da neki predmeti sami po sebi i zbog zakonskih smetnji ne mogu biti predmet posredovanja (npr. krivični postupak za teška krivična dela, utvrđivanje i osporavanje očinstva i dr.). Ovlašćenje sudije u ovom pravcu nema obavezujući karakter za stranke, tako da one ne mogu snositi eventualne posledice zbog neprihvatanja preporuke. U praksi, upućivanja od strane suda neretko predstavlja olakšanje za same stranke kada one nisu odlučne da predlože medijaciju.

U skladu sa tim, sudije treba da iskoriste zakonski osnov i da što snažnije utiču na stranke da krenu putem mirnog rešavanja spora, ali ne i onda kada je spor tako eskalirao da je očigledno jasno da predlog neće biti prihvaćen. Osim ako je reč o sudećem sudiji, isti mogu da obavljaju posredovanje ali isključivo van radnog vremena i bez nadoknade. Sud ne treba da insistira na ponovnom pokušaju izmirenja ukoliko je jedan pokušaj već ranije propao, već odluku treba prepustiti strankama.

Bez izričite saglasnosti stranaka nema posredovanja, tako da sam postupak ne sme sprečavati niti vređati pravo stranke na slobodan pristup sudu.[27] Načelo dobrovoljnosti je zakonsko načelo kojem protivreči pravo suda da stranke po

[24] "Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013-odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014.

[25] G. Knežević,V. Pavić, *cit. delo*, str. 239.

[26] Lj. Milutinović, *Doprinos medijacije u ostvarivanju efikasnog sudstva*, Časopis za pravo i ekonomiju evropskih integracija, Beograd 2009/3, str. 130.

[27] Član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima predviđa da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega ima pravo na pra-

otpočinjanju prvog ročišta uputi na medijaciju ukoliko smatra da se spor može tako uspešno rešiti.[28] Saglasnost stranaka za upućivanje na medijaciju u toku prvostepenog postupka nije nužna, iz čega proizilazi načelo obavezne medijacije u prvostepenom postupku. U toku postupka medijacije stranke se moraju suzdržati od pokretanja drugih postupaka (sudskih, arbitražnih) za rešavanje spora koji je predmet posredovanja.

Parnični postupak predstavlja redovnu i osnovnu metodu zaštite ugroženih ili povređenih građanskih prava koju pruža državno pravosuđe, te se označava kao "redovni put pravne zaštite." Najčešće se završava presudom, ali je jedan od mogućih načina okončanja parničnog postupka i sudska nagodba. S druge strane, stranke mogu izabrati neki od metoda alternativnog rešavanja spora pre započinjanja sudskog postupka ili u toku njegovog trajanja. Istraživanja su pokazala da upućivanje koje vrši sudija na ročištu daje najbolje rezultate, imajuči u vidu da stručno lice vodi računa da li je konkretan predmet pogodan za medijaciju.[29] Uporedo sa tim, stranke moraju biti spremne da raspravljaju o rešenju svog problema i da uvaže obostrane interese.

Postupak posredovanja posle pokretanja parničnog postupka, odnosno pravo suda na *prepuštanje* nadležnosti, može da traje do pravosnažnog okonačanja postupka tj. do pravosnažnosti odluke, tako da obuhvata i postupak po žalbi. Propisano je da posrednik u žalbenom postupku može da bude samo sudija, što predstavlja izuzetak u odnosu na odredbe kojima je određeno ko sve može da bude posrednik.[30]

---

vičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, formiranim na osnovu zakona.

[28] Videti čl. Zakona o posredovanju u rešavanju spora.

[29] Istraživanja su vršena u Holandiji, SAD, kao i u Kanadi u kojoj postupak medijacije predviđen i za sporove pred drugostepenim sudom u fazi odlučivanja po žalbi, zbog posebnih interesa stranaka u određenim vrstama sporova. Radi se o obliku medijacije nazvanom Conciliation u kojem žalbeni sud u građanskim, trgovačkim, i porodičnim sporovima nudi zainteresovanim strankama mogućnost zajedničkog sastanka sa sudijom u cilju traženja konačnog rešenja međusobnog spora u obostranom interesu. Takav postupak je besplatan, brz i zasnovan na elastičnoj proceduri. Postupak je poverljiv i o njemu nema pismena u sadržaju spisa. Uspešan postupak se završava sporazumom a za slučaj da ovaj oblik posredovanja ne da rezultate sudija koji je u njemu učestvovao se izuzima iz postupka po žalbi (Court of Appeal of Quebec: Conciliation, Service program).

[30] Bliže o uslovima za obavljanje delatnosti medijacije: N. Petrušić, *Alternativni metodi rešavanja sporova u pravu RS*" Zbornik radova Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2006., str. 597.

U prilog upućivanja stranaka na medijaciju ide okolnost da u postupku posredovanja stranke mogu postići obostrano koristan rezultat; do rešenja spora stranke dolaze mnogo brže nego u sudskom postupku; postupak je poverljiv i nejavan što je značajno zbog postojećih međusobnih odnosa i zajedničkih interesa. Stranke su slobodne da u svako doba započnu sa postupkom mirnog rešavanja spora a isto tako su slobodne da ga okončaju za slučaj neuspeha, ne plašeći se posledica po njihov pravni položaj u nastavku sudskog postupka. Poverljivost postupka medijacije i medijatora daje strankama slobodu u iznošenju stavova, otkrivanju interesa, potreba kao i pregovaranju u kojem strane udružuju resurse u cilju iznalaženja rešenja prihvatljivog za sve.

Međunarodno posredovanje i posredovanje u prekograničnim sporovima

Zakon o posredovanju u rešavanju sporova uređuje i međunarodno posredovanje tako da predstavlja posredovanje sa elementom inostranosti ukoliko su strane u vreme postizanja saglasnosti imale prebivalište, odnosno poslovno sedište u različitim državama, i ukoliko država u kojoj strane imaju prebivalište ili poslovno sedište nije država u kojoj treba da se izvrši bitan deo obaveza iz poslovnog odnosa, odnosno država sa kojom je predmet spora najuže povezan. Princip najuže povezanosti, karakterističan za koliziono pravo kao tačka vezivanja i kao osnov za primenu klauzule izuzetka od redovne primene merodavnog prava, time dobija na značaju u materiji koja nije tipična za njegovu primenu.

Uporedo sa tim, zakonske odredbe se imaju primenjivati i u prekograničnim građanskim i trgovačkim sporovima. Pod prekograničnim sporom se smatra situacija u kojoj je jedna od strana u sporu ima prebivalište ili uobičajeno boravište u državi članici EU, dok ga druga strana nema na dan kada: su se strane sporazumele o posredovanju nakon nastanka spora; kada je sud odredio posredovanje, kada je po nacionalnom zakonu nastala obaveza posredovanja, kada je sud kojem je podnesena tužba uputio stranke na posredovanje.[31]

Nezavisno od ovog člana prekograničnim sporom se smatra i onaj spor gde su po okončanju posredovanja u rešavanju spora, između istih strana pokrenuti sudski postupak ili arbitraža u državi članici različitoj od onih gde su strane ima-

[31] Čl. 6. Zakona o posredovanju i rešavanju sporova RS.

le stalno ili uobičajeno boravište.[32] U skladu sa savremenim rešenjima zakonodavac je predvideo da će sud primeniti pravo Srbije prilikom odlučivanja da li strana ima prebivalište na teritoriji Srbije pred čijim sudom se vodi postupak. U suprotnom, za odlučivanje o tome da li strana ima prebivalište u drugoj državi članici sud će primeniti pravo te druge države.[33] Privredno društvo ili drugo pravno lice ima sedište u mestu u kome mu je registrovano sedište, sedište organa upravljanja ili glavno mesto poslovanja. Pitanje sedišta privrednog društva u zemlji članici pred čijim sudom se vodi postupak podleže kolizionim normama.[34]

Cilj posredovanjau prekograničnom sporu jeste izvršenje postignutog sporazuma između stranaka. Zakon predviđa da pisani sporazum postignut posredovanjem postaje izvršan ako država članica, u skladu sa svojim propisima, garantuje mogućnost strana ili jednoj od njih, uz izričiti pristanak druge, u kom slučaju će srpski sud priznati i izvršiti takav sporazum.[35] Sud ili drugi nadležni organ može da potvrdi sadržaj sporazuma presudom, odlukom ili drugom izvršnom ispravom u skladu sa pravom države u kojoj je podnet zahtev, u kom slučaju se na priznanje i izvršenje te izvršne isprave primenjuju pravila merodavna za njihovo priznanje.[36]

Za sporove sa elementom inostranosti zakon predviđa da posrednik može biti i strani državljanin ako je ovlašćen da obavlja te poslove u svojoj zemlji, pod uslovom reciprociteta. O predlogu za priznanje i izvršenje sporazuma postignutog posredovanjem u prekograničnom sporu u predmetima iz stvarne nadležnosti privrednih sudova nadležan je Privredni sud u Beogradu, a u ostalim predmetima Viši sud u Beogradu.[37] Članovi 6-8 novog Zakona (2014.) se neće primenjivati do pristupanja Srbije EU.[38]

---

[32] Videti čl. 6. Zakona o posredovanju u rešavanju sporova RS.

[33] Videti čl. 7. st. 2. Zakona.

[34] Videti čl. ZMPP RS.

[35] Videti čl. 8. Zakona.

[36] Videti čl. 8.st. 2 Zakona.

[37] Videti čl. 8. st. 3. Zakona.

[38] Odredba člana 54 Zakona (2014); Bliže, V.Pavić, M. Đorđević, *Novine u pravnom okviru ADR u Srbiji*, u "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU-pravni, ekonomski i socijalni aspekti", 2014, Projekat PF Beograd, Harmonius 2014, str. 258.

MODEL OBAVEZNE SUDSKE MEDIJACIJE U KANADSKOM PRAVNOM SISTEMU

Jedna od dilema u mnogim zemljama koje su uvele postupak medijacije u svoj sistem rešavanja sporova jeste u kojoj meri sam postupak treba da sadrži elemente obaveznosti. Kanada je jedna od zemalja koja primenjuje obaveznu medijacija u rešavanju sporova.

Pravosudni sistem Kanade predstavlja mešavinu pravila različitih evropskih nacionalnih sistema, što je rezultat dolaska kolonista na američki kontinent u XVII i XVIII veku. Osim prava Kvebeka koji prihvata tradicionalne principe kontinentalnog prava, bazirani na francuskom *Code civil-u*, kanadsko pravo počiva na anglosaksonskom, tačnije engleskom precedentnom i statutarnom pravu. Organizaciju kanadskog pravosudnog sistema uređuje Ustav, posebno Ustavni zakon iz 1867. [39] kojim je sudska nadležnost podeljena između federalnog nivoa i vlasti u deset provincija.[40] Provincijski i teritorijalno viši sudovi čine okosnicu sudskog sistema Kanade, tako da pokrajne imaju jurisdikciju nad sprovođenjem sudskih odluka na njenoj teritoriji, uključujući organizaciju i održavanje građanskih i krivičnih pokrajnskih sudova kao i postupka u ovim sudovima.[41]

Obavezni program medijacije u pokrajini Ontario uveden je januara 1999.[42] godine dok je polot program u Torontu i Otavi uveden jula 2001. godine na osnovu odredaba 24.1 i 75.1 Pravila Građanskog postupka.[43] U Vindzoru je program implementiran decembra 2002. Pravila uvode obaveznu medijaciju u parničnom postupku povodom spornog pitanja iz imovinskih odnosa stranaka i povodom imovinskih odnosa lica pod starateljstvom. Iz obaveznog programa medijacije prvobitno su izuzeti sporovi proizašli iz porodičnih odnosa.

---

[39] Constitution Act, 1867 i Constitution Act 1982 . It is supreme law of Canada It reaffirms Canada's dual legal system and also includet Aboriginal right and traty rights. Preuzeto sa: http://www.solon.org/ Constitution/ Canada/English/ingex.html

[40] Bliže, Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, Loose-leaf ed Scarborough Ont. Carswell, 1992, (2000).

[41] Bliže J.E Magnet, *Constitutional law of Canada*, vol.1-9th.Ed. (Federalism and Aboriginal Peoples) str. 568.

[42] Rules of Civil procedure RRO 1990 Reg 194; Ontario regulation 451/98 preuzeto: https://www.ontario.ca/laws/regulation/900194 pristup 5.08.2018.

[43] Rules 24.1 Mandatory Mediation Rules of Civil Procedure (Mediator's Fees); Rule 75.1 Mandatory Mediation (Estates, Trusts And Substitute Decisions).

Pod medijacijom se u Kanadi podrazumeva metod rešavanja sporova, odnosno sudski postupak izvan suda, pri čemu medijatori ne rešavaju sporove niti odlučuju o poravnanju, tako da se njihova uloga svodi na pomoć strankama u komunikaciji i pregovorima kojim će imati bolji uvid u sopstvene interese. Obavezan program medijacije Ontarija osmišljen je tako da pomogne strankama u građanskoj parnici, ili stranama koje imaju neki imovinski spor u pokušaju da ga reše pre nego što izađu pred sud. Cilj ovog programa, pored iznalaženja najboljeg rešenja za stranke, jeste i ušteda vremena kao i troškova postupka. Praksa beleži da stranke reše preko 90% sporova pre izlaska pred sud.

Obavezan program medijacije upućuje na pregovore u okviru sastanka posvećenih medijaciji i to na samom početku sudskog procesa. Uz učešće stručno osposobljenih lica stranke ispituju sve mogućnosti za rešavanje spora čime bi se izbegao sudski proces. Kanadski zakonodavac polazi od toga da najbolje rešenje u konkretnom sporu mogu da iznađu same stranke i propisuje da predmeti u parničnom postupku podležu obaveznoj medijaciji. Proces medijacije je neformalan i u potpunosti poverljiv, što je posebno značajno u situacijama kada stranke imaju interes da zadrže međusobne odnose bilo koje prirode.

Medijacija u skladu sa pravilima 24.1 i 75.1 Pravila Građanskog postupka

Shodno Pravilima Građanskog postupka predmet parničnog postupka se upućuje na medijaciju, osim onih koji su izuzeti isključivo po nalogu suda. Odredbe čl.24.1 pretrpele su izmene 1. januara 2010. (amandman 3) tako da priroda i vrsta spora nisu ograničeni.

Za sprovođenje medijacije ovlašćen je medijator iz privatnog sektora, o čijem izboru se mogu dogovoriti stranke tako što će ga izabrati sa Programske liste medijatora, ili izvan te liste u roku od 30 dana. Ukoliko stranke ne mogu da postignu dogovor o izboru medijatora to će učiniti lokalni koordinator za medijaciju, nadležan za sprovođenje obaveznog programa medijacije. Ona mora da se sprovede u roku od 90 dana posle prvog davanja odgovora, osim ako sud odluči drugačije. Izmenama člana 24.1 taj rok je produžen na 180 dana. Za eventualno odlaganje medijacije nužna je saglasnost lokalnog koordinatora. Pre medijacije, najmanje 7 dana, stranke imaju obavezu da ostalim učesnicima postupka i medi-

jatoru dostave izjave o spornim pitanjima, zajedno sa stavovima i sopstvenim interesima u sporu.

Prema pravilu 75.1 (slučajevi vezani za državu, trustove, drugostepene odluke dr.) u roku od 30 dana po isteku poslednjeg dana za uručenje sudskog poziva podnosioci imaju obavezu da podnesu zahtev za dobijanje upustva o sprovođenju medijacije. Sud može da odredi mesto sprovođenja i organ za sprovođenje medijacije, vreme kad treba sprovesti medijaciju i dr. Nakon podnošenja zahteva za dobijanje upustva strane su obavezne da odrede medijatora. Medijacija se može održati u bilo kom mestu odnosno lokaciji prihvatljivoj za obe strane, pri čemu to može biti kancelarija medijatora, jedne od stranaka, advokata ili u prostorijama suda. Obavezu prisustvovanja imaju obe strane, a ukoliko jednu od njih zastupa advokat obaveza prisustva se odnosi i na njega, s tim što advokat ne može učestvovati u postupku medijacije umesto stranke. Medijacija podrazumeva da stranke moraju imati ovlašćenja na temelju kojeg mogu dogovoriti poravnanje ili im je data mogućnost da telefonom pribave to odobrenje. U postupku medijacije u kojem se kao stranka javlja privredno društvo ili druga organizacija, odnosno institucija, za predstavnika se uzima lice ovlašćeno da donosi odluke u ime i za račun drugih.

Tok medijacijskog postupka. – Pored strana u postupku, advokata i medijatora sastancima u postupku medijacije ne mogu prisustvovati treća lica, izuzev ako su sa tim saglasne strane u postupku. Sami sastanci su tajni, tako da je sve ono što je na njima izgovoreno poverljivo te se ne može koristiti u nekom drugom postupku. Medijacija je neformalan postupak ali medijator može pre početka sastanka da objasni sam proces medijacije, uslove medijacije, pa i sporazum o medijaciji, nakon čega stranke imaju mogućnost da iznose svoje argumente i da postavljaju pitanja. Osim toga, medijator treba da objasni strankama mogućnosti za eventualno poravnanje, pri čemu može da razgovara odvojeno sa svakom strankom u toku, kao i pre sastanka. Sam sastanak traje u zavisnosti od toga koliko je složen predmet spora kao i od drugih faktora, ali stranke (prema Obaveznom programu medijacije Ontarija) nisu u obavezi da nastavljaju medijaciju nakon 3 sata, tako da je nakon tog vremena medijatoru potreban pristanak stranaka da bi nastavio sastanak.

Medijacija može da bude okončana neuspešno, *zaključkom da proces nije konstruktivan za stranke u postupku* ili da *nema dogovora*, i uspešno *postizanjem sporazuma*. Isti se može odnositi na rešavanje nekih ili svih spornih pitanja, obavezno u pisanoj formi i potpisan od strana u postupku, odnosno njihovih advo-

kata. Stranka ili njegov advokat moraju predate sudu sporazum kojim se rešava predmet spora, a sud o njemu obaveštava u roku od 10 dana od potpisivanja. Postignuti sporazumi u postupku medijacije pravno su obavezujući za stranke pa ukoliko stranka ne ispuni sporazumom predviđenu obavezu, bilo koja druga strana u postupku može da uloži zahtev za raspravu prema uslovima sporazuma, ili da nastavi sudski postupak kao da sporazuma nije ni bilo. Uspešnim ishodom medijacije se može smatrati ne samo poravnanje u sudskom postupku, već i u slučaju kada stranke u postupku ne dođu do poravnanja ali bolje razumeju poziciju druge strane, smanje broj spornih pitanja ili se dogovore o rešavanju kasnijih spornih situacija. Sporovi koji nisu rešeni u postupku medijacije nastavljaju se u sudskom postupku, a medijator je obavezan da sačini izveštaj o ishodu medijacije.

U slučaju nepoštovanja Izjave o spornim pitanjima stranke ili neprisustva medijatorskom sastanku u vremenu od 30 minuta medijator može da otkaže sastanak i da uloži Izjavu o nepoštovanju. Na osnovu nje stranka može biti pozvana da plati takse vezane za zakazivanje ili da bude sankcionisana od strane suda, uprkos tome što strane u postupku dele troškove održavanja sastanka o medijaciji. Usluge medijatora se plaćaju direktno i to jednak deo honorara svaka strana u postupku, mada sud može naložiti i drugačiju raspodelu (odr.75.1). Usluge medijacije su besplatne za lica koja potvrde da mogu uživati besplatnu pravnu pomoć ili koja ispunjavaju uslove propisane od strane Vrhovnog tužilaštva.

a) Medijatori. – Prema Obaveznom programu medijacije spisak imena medijatora stranke mogu dobiti u Kancelariji lokalnog koordinatora za medijaciju, u prostorijama Vrhovnog suda pravde u Torontu, Otavi i Vindzoru.

Ovlašćenje za sprovođenje medijacije nije vezano strogo za pravnike, tako da strane u sporu mogu kao medijatora izabrati lice koje ima određene kvalifikacije i koje je stručno osposobljeno. Koncept obavezne medijacije podrazumeva medijatora koji ima određeni nivo obrazovanja, iskustva, neke posebne veštine ili posebno zvanje odnosno status. Za stranke je najbolje da medijatore kontaktiraju direktno kako bi dobile potrebne informacije o njegovim kvalifikacijama, što je u funkciji ostvarivanja maksimalne koristi od medijacije. Medijator treba da bude neutralan i nepristrasan, mada i pristrasan medijator može biti koristan.[44] Za stranke je važno da problemu pristupa na realan i kreativan način tako da u

[44] Bliže, D.G. Pruitt, J. Rubin, *Social Conflict; Escalation, Stalemate, and Setlment*, Random House, New York, 1986., str. 168.

procesu pripreme sastanka za medijaciju mogu od svog zastupnika da pribave različita obaveštenja i informacije.

b) Uloga advokata. – Obavezan program medijacije uređuje položaj i ulogu advokata, po pravilu, u odnosu na sam postupak medijacije i odabir medijatora. Pored toga, advokat može neposredno učestvovati u pripremi izjava klijenta o spornim pitanjima i njegovom efektivnom učešću na sastanku o medijaciji. S tim u vezi, advokat treba da opiše klijentu proces medijacije i da pruži obaveštenja o tome šta se od njega očekuje, kao i da podseti klijenta da u medijaciji nema pobednika već je nužno da se postigne zadovoljavajuće rešenje. Zajedno sa klijentom advokat priprema strategiju o medijaciji, a u procesu pripreme treba da prodiskutuje o troškovima, rizicima i prednostima dogovorenog ili nedogovorenog poravnanja, o položaju, ciljevima i interesima klijenta kao i o slabostima položaja svake strane u postupku. Advokat će savetovati klijenta o tome kako najbolje da ostvari svoje interese, o poverljivim informacijama, a značajna je i njegova uloga u pripremi uvodne reči klijenta na sastanku o medijaciji.

U toku samog sastanka advokat može pomagati klijentu tako što će ocenjivati njegove reakcije i predlagati pauze tamo gde smatra da je to potrebno, za koje vreme može diskutovati o svojim zapažanjima i davati savete klijentu. Posle sastanka advokat može da pregleda sporazum, bilo da je njime rešen predmet u potpunosti, bilo delimično. Ukoliko rešenje izostane, advokat može analizirati razgovore tokom medijacije i savetovati klijenta u pravcu rešavanja spora daljom medijacijom ili nekom drugom metodom ADR (Alternative Dispute Resolution), pripreme za suđenje u vezi podnošenja zahteva za rano održavanje predmetnog sastanka za vođenje sudskog postupka; poštovanja svih preuzetih obaveza ili sporazuma kao rezultat medijacije; razmatranja opcija za poravnanje o kojem se diskutovalo, a koje nisu usvojene na sastanku.

ZAKLJUČAK

Preopterećenost domaćih sudova velikim brojem predmeta povlači nedelotvornost i sporost u pružanju pravne zaštite, što govori u prilog primeni alternativnih metoda rešavanja sporova. Kao specifičan oblik posredovanja medijacija predstavlja pogodno rešenje, imajući u vidu da je reč o neformalnom i elastičnom postupku koji strankama daje podjednake šanse u zaštiti suprostavljenih interesa; za rešenje spora je potrebno manje vremena a troškovi su znatno manji. Po-

stupak medijacije predstavlja rešavanje sporova na bazi interesa strana koje nastoje da iste bliže identifikuju i da razmotre interese druge strane s tim što nije bitno koja je od stranaka u pravu. Uporedo sa tim strane u sporu nastoje da izgrade područje zajedničkog interesa pri čemu pomažu jedna drugoj da bi došlo do uzajamnog ispunjenja.

Uz postojeći pravni okvir svi zainteresovani subjekti treba da ulože značajne napore ka sprovođenju medijacije u svakodnevnoj praksi rešavanja sporova. U tom smislu, sudovi mogu da podstaknu širu primenu medijacije čime bi došlo do rasterećenja istih od predmeta koji se uspešno mogu rešiti medijacijom.

MARIJA KRVAVAC, LL.D.,
Full-time professor, Faculty of Law,
University of Priština, temporarily settled
in Kosovska Mitrovica

MEDIATION PROGRAMME
(Canadian legal system)

Summary

Mediation represents one of the most widespread and most frequently used method of alternative dispute settlement by which the parties want, with the assistance of one more mediators,to reach the solution to the problematic issue. The mediators using their mediation skills, have a task to help the parties in dispute to reach appropriate solutions.

The mediation process does not end by having a victorius party on one side and a losing party on the other side. Both parties are winners i.e. the result of the mediation is the creation of a WIN-WIN situation. This is the only process that provides the parties with emphasise the flexibility of the procedure and a variety of solutions that are at the parties disposal, having in mind the balance of their interest.

The entire mediation process lays a stress on the problem, not on the subject of the dispute. In this manner the parties retain the established relationship or create a mutual relationship. Introduction of the mandatory mediation programme by individual countries, such as Canada, represents a clear determination to resolve a dispute before bringing it to court, which aims at finding a solution to resolve the problematic issue, which would satisfy both parties, but it also means saving time, money, a reduction in the court backlog etc.

PREDRAG TRUFUNOVIĆ,
MIRJANA POPOVIĆ

DOPRINOSI KAO JEDINI TUŽBENI ZAHTEV

Upravna ili sudska nadležnost?

Uprava dela, a sud rezonuje[1]
– S. Jovanović

U V O D

Definisanje tzv. "upravne stvari" i razgraničenje upravne i sudske nadležnosti je često veoma sporno kako u teoriji tako i u praksi. Njihov odnos je blizak. Imovina (u koje spada i zarada) je često predmet i jednog i drugog postupka. Kroz eksproprijaciju, arondaciju, komasaciju, građevinsko zemljište, poreze i dr. raspravlja se o imovini pa su ta pitanja (sticanje i zaštita) nekada podeljena (nadležnost suda i organa uprave) ili u isključivoj nadležnosti organa uprave (porezi u potpunosti). S tim u vezi, u srpskoj svakodnevnici svedoci smo naizgled protivurečnih pojava. S jedne strane, smatra se da su sudovi spori i da sporove treba rešavati alternativnim načinima i medijacijom pri čemu se stvari iz ranije nesporne sudske nadležnosti "prebacuju" u upravni postupak, a sa druge strane, stva-

Predrag Trufunović, sudija Vrhovnog kasacionog suda.
Mirjana Popović, savetnik Vrhovnog kasacionog suda.

[1] Dr Slobodan Jovanović, "O državi", on nastavlja dalje: u sudu je glavno da se izvede zaključak o smislu zakona; u upravi da se postigne rezultat; str. 237.

ri iz upravne nadležnosti počeli su da rešavaju sudovi (doprinosi, samodoprinosi, novčane naknade kod nacionalne službe, ratne dnevnice i drugo), sa argumentacijom da se na taj način štiti pravo na pristup sudu.

U vezi sa izloženim jedno od najspornijih pitanja sadašnje prakse (ne i teorije) je razgraničenje nadležnosti (sadržano u naslovu ovog rada), sa napomenom da je i praksa zemalja u okruženju različita. Vrhovni sud Hrvatske isto rezonuje kao i Vrhovni kasacioni sud. Vrhovni sud Crne Gore još više naginje upravnoj nadležnosti.

Masovni sporovi radi plaćanja doprinosa (kroz pojedinačne tužbe) počeli su posle izmena zakona u oblasti finansija i prebacivanja (izmena) poslovanja pravnih lica iz privrede na komercijalne banke. One su dozvolile (za razliku od bivšeg SDK) isplatu zarade bez istovremene uplate doprinosa nadležnim fondovima.

Doprinosi su vrsta poreza – javnog prihoda i tradicionalno spadaju u oblast upravnog regulisanja i zaštite. Kao što će se videti utvrđivanje i naplatu doprinosa po specijalnom zakonu vrši uprava prihoda (ranije nadležni fondovi socijalnog osiguranja). Sa redefinisanjem i uvođenjem pojma tzv. "bruto zarade" i porastom broja sporova doprinosi su polako ali opravdano postali i deo sudske nadležnosti (izričito se pominju kao deo tužbenog zahteva u članu 191. ZOR, ali su po analogiji postali deo svih zahteva u vezi zarade)[2]. Ali, ako se van zarade i njenih modaliteta ističe zahtev samo za uplatu doprinosa i ako i u tim situacijama sud prihvata nadležnost,[3] postavlja se pitanje da li se time faktički isključuje nadležnost organa uprave u ovoj materiji? Da li je za zasnivanje sudske nadležnosti nužno obraćanje (bezuspešno) područnoj jedinici, koja bi posle prijave po službenoj dužnosti morala sprovesti postupak i obavezati poslodavca da u više stotina slučajeva (zbirnim rešenjem - ušteda) plati doprinose i na taj način spreči podnošenje (masovnih) pojedinačnih tužbi. Dakle, ključno pitanje je: da li se na ovaj način može postići efikasna zaštita subjektivnih prava kroz prijavu, inspekcijsku kontrolu, donošenje zbirnih rešenja u masovnim slučajevima i izricanju novčanih kazni. Čini se da se izuzetno zaštita može obezbediti i podnošenjem tužbi i zasnivanjem sudske nadležnosti kroz institut naknade štete tek kada se predloženi upravni put (uprošćen) iscrpi. Da li se rešenjem o odbačaju tužbe u ovim situacijama vrši povreda

[2] u početnoj fazi primene ZOR (2001-2005) sudovi su u parnicama radi naknade štete zbog gubitka zarade uzrokovanog nezakonitim otkazima počeli da vrše obračun visine doprinosa; od toga se kasnije odustalo; dovoljna je naredba da se doprinosi plate;

[3] u ovom radu "pod sudovima" podrazumevaju se redovni i privredni sudovi

ljudskog prava (član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 32. Ustava o pristupu sudu). Sve izloženo predstavlja predmet ovog rada.

U narednim izlaganjima ukratko se (prvo) osvrnimo na relevantnu zakonsku regulativu i različita shvatanja u praksi. Pokušaćemo da odbranimo stav o sudskoj (ne)nadležnosti kada je zahtev za uplatu doprinosa socijalnim fondovima jedini (osim u slučaju tužbe radi naknade štete).

UPRAVNA ILI SUDSKA NADLEŽNOST

Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje[4] propisuje da se doprinosima obezbeđuju sredstva za finansiranje obaveznog socijalnog osiguranja, i to penzijskog i invalidskog, zdravstvenog i osiguranja za slučaj nezaposlenosti (član 2.); da su sredstva doprinosa *javni prihod,* pod kontrolom i na raspolaganju organizacija za obavezno socijalno osiguranje, osnovanih zakonima koji uređuju sistem obaveznog socijalnog osiguranja, za namene utvrđene u skladu sa tim zakonima (član 4); da je *obveznik doprinosa* osiguranik i *poslodavac* ili isplatilac prihoda, na čiji teret se plaća doprinos (član 6. stav 1. tačka 1); da je obveznik obračunavanja, odnosno plaćanja doprinosa osiguranik i poslodavac, odnosno drugi isplatilac prihoda koji je dužan da obračuna, odnosno plati doprinos u svoje ime i u svoju korist ili u svoje ime, a *u korist osiguranika* (član 6. stav 1. tačka 2); da je obveznik obračunavanja i plaćanja doprinosa iz osnovice i na osnovicu za zaposlene, izabrana, imenovana i postavljena lica i lica koja obavljaju privremene i povremene poslove poslodavac (član 51. stav 1); da je poslodavac dužan da doprinose iz stava 1. ovog člana obračuna i uplati *istovremeno sa isplatom zarade,* razlike zarade ili ugovorene naknade za privremene i povremene poslove, po propisima koji važe u momentu isplate tih primanja (član 51. stav 2); ako poslodavac u roku iz stava 3. ne obračuna i ne isplati doprinose za prethodni mesec, nadležna organizaciona jedinica poreske uprave *po službenoj dužnosti,* na osnovu raspoloživih podataka *obračunava doprinose u ime i za račun poslodavca,* da se u pogledu *utvrđivanja, naplate i povraćaja doprinosa,* pravnih lekova, kamate, kaznenih odredbi i drugih pitanja koja nisu uređena ovim zakonom, izuzev odredaba koje se odnose na poreska oslobođenja, olakšice i otpis, primenjuju odgovarajuće odredbe zakona koji uređuje porez na dohodak građana, odnosno zakona koji *uređuje pore-*

[4] "Službeni glasnik RS" 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 47/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014-dr. zakon, 112/2015 i 113/2017.

ski postupak i poresku administraciju, ako ovim zakonom pojedina pitanja nisu drukčije uređena (član 65).

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji[5] u članu 3. predviđa: ako je drugim zakonom pitanje iz oblasti koju uređuje ovaj zakon uređeno na drukčiji način, primenjuju se odredbe ovog zakona (stav 1); ako ovim zakonom nije drukčije propisano; poreski postupak se sprovodi po načelima i u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje *opšti upravni postupak,* odnosno u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje inspekcijski nadzor (stav 2.);

Odredba člana 22. stav 3. *Zakona o uređenju sudova*[6] propisuje da osnovni sud u prvom stepenu sudi o obavezama iz radnog odnosa...

Prema posebnim zakonima: Zakon o radu[7], Zakon o platama u državnim organima i javnim službama[8], Zakon o sistemu plata zaposlenih u javnom sektoru[9] u zaradu odnosno platu uračunavaju se i porezi i doprinosi koji se plaćaju iz plate.

Sada važeći *Zakon o parničnom postupku*[10] (slično kao i ranije) u članu 1. propisuje:

"Ovim zakonom uređuju se pravila postupka za pružanje sudske pravne zaštite po kojima se postupa i odlučuje u parnicama za rešavanje sporova nastalih povodom povrede prava ličnosti i sporova iz porodičnih, radnih, privrednih, imovinskopravnih i drugih građanskopravnih odnosa, osim sporova *za koje je posebnim zakonom propisana druga vrsta postupka"; član 294. stav 1. tačka 2. glasi: sud po prethodnom ispitivanju tužbe donosi rešenje kojim se tužba odbacuje ako utvrdi da* odlučivanje o tužbenom zahtevu ne spada u sudsku nadležnost (član 16).

---

[5] "Službeni glasnik RS" 80/2002, 84/2002-isp., 23/2003 - isp., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005-dr.zakonik, 62/2006 - dr. zakon, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - isp., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 - aut. tumačenje, 112/2015, 15/2016 i 108/2016.

[6] "Službeni glasnik RS" 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - dr. zakon, 101/2011, 101/2013, 40/2015-dr.zakon, 106/2015, 13/2016, 108/2016 i 113/2017.

[7] "Službeni glasnik RS" 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017-OUS i 113/2017.

[8] "Službeni glasnik RS" 34/2001, 62/2006 - dr. zakon, 116/2008 - dr. zakon, 116/2008-dr. zakon i 92/2011, 99/2011 - dr. zakon, 10/2013, 55/2013, 99/2014, 21/2016 - dr. zakon i 113/2017 - dr. zakon).

[9] "Službeni glasnik RS" 18/2016, 108/2016 i 113/2017.

[10] "Službeni glasnik RS" 72/2011, 49/2013-OUS, 74/2013-OUS i 55/2014.

STAVOVI VRHOVNOG SUDA SRBIJE I USTAVNOG SUDA

O ovom pitanju Vrhovni sud Srbije je 27.12.1999. godine usvojio sledeće pravno shvatanje.

"Utvrđivanje i naplata doprinosa za obavezno socijalno osiguranje (penzijsko, zdravstveno i invalidsko) vrši se u upravnom postupku i ne spada u sudsku nadležnost...". Argumentacija za to shvatanje bila je sadržina Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju po kome se ta prava ostvaruju kod fonda koji primenjuje upravni, a ne sudski postupak (član 101. stav 1. i član 107. stav 1).

Ovaj stav izmenjen je 2001. godine [11] i glasi: "Sud u parničnom postupku odlučuje o zahtevima zaposlenog da poslodavac uplati doprinose za obavezno socijalno osiguranje odgovarajućem fondu i da upiše staž osiguranja u radnu knjižicu". Zasniva se na stanovištu da je doprinos zakonska obligacija, da se vezuje za radni odnos i da se pravo na pristup sudu garantuje Ustavom.

Navedeni stav korigovan je i delimično izmenjen 23.03.2010. godine zbog donošenja i izmena Zakona o doprinosima (2004. godina). Po ovom shvatanju:

1) Odlučivanje o *samostalnom* tužbenom zahtevu koji se odnosi na obavezivanje poslodavca na uplatu doprinosa iz obaveznog socijalnog osiguranja *ne spada u nadležnost suda* opšte nadležnosti jer se ne radi o sporu iz člana 1. Zakona o parničnom postupku.

2) Kada se tužbeni zahtev odnosi na isplatu zarade, naknade zarade i drugih primanja iz radnog odnosa i naknade štete zbog izgubljene zarade uz obavezivanje poslodavca na uplatu doprinosa iz obaveznog socijalnog osiguranja nadležan je osnovni sud u prvom stepenu na osnovu člana 22. stav 3. Zakona o uređenju sudova u vezi člana 105. stav 2.i 191. stav 2. Zakona o radu.[12]

Argumentacija za taj stav sadržana je u citiranim pravilima 51. i 65. Zakona o doprinosima i članu 3. Zakona o poreskoj administraciji, pravnoj prirodi doprinosa kao javnog prihoda, ali i sudskoj nadležnosti u slučaju kada su oni dopunski - supsidijerni zahtev kod isplate zarade, naknade štete zbog gubitka zarade ili isplate drugih primanja.

[11] Stav Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 05.11.2001. godine; donet je pre donošenja Zakona o doprinosima, kojim je sveobuhvatno (detaljnije) uređena ova materija.

[12] Upravni sud 9U 28814/2010 od 31.10.2011. godine.

Poništavajući rešenje Apelacionog suda u Nišu kojim je presuda prvostepenog suda ukinuta i tužba odbačena u pogledu doprinosa, Ustavni sud [13] izražava stanovište o nadležnosti redovnog suda u ovoj materiji.

On citira relevantne propise iz Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, Zakona o radu, Zakona o uređenju sudova, Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji; smatra da nije nadležan da preispituje zaključke i ocene redovnih sudova u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja niti primenu propisa materijalnog prava, ali zaključuje da je ipak došlo do "arbitrarne i proizvoljne primene procesnog prava na štetu podnosioca"[14]. Ne prihvata stav apelacionog suda da u slučaju kada poslodavac ne ispunjava zakonom utvrđenu obavezu o uplati doprinosa zaposleni se može obratiti organu uprave radi zaštite. Argument (osnovni je) da su doprinosi sastavni deo zarade i da je zarada ustavna kategorija (član 60. stav 4. Ustava), te da redovan sud između ostalog sudi u sporovima o pravima, obavezama i odgovornostima radnog odnosa; da se takvom praksom sužava pravo na pristup sudu kao jedno od garancija prava na pravično suđenje. U daljem obrazloženju Ustavni sud konstatuje postojanje različite prakse istog apelacionog suda.

Ustavni sud se uopšte ne osvrće (niti je smatra bitnom) na činjenicu da je apelacioni sud o doprinosima odlučivao zajedno sa zahtevom za isplatu razlike u zaradi.

U toku ove godine pokrenuta je inicijativa da se stav GO iz 2010. godine izmeni. Po tom predlogu sud bi bio nadležan da u parničnom postupku odlučuje o zahtevu zaposlenog da poslodavac uplati doprinose za obavezno socijalno osiguranje bez obzira da li je takav zahtev i jedini predmet spora. Predlog izmena, odnosno promene ranije usvojenog zaključka na Građanskom odeljenju nije dobio potrebnu većinu.

Zbog ovakvog stava Ustavnog suda većina prvostepenih sudova meritorno sudi i usvaja tužbeni zahtev (da su doprinosi sastavni deo bruto zarade), pri čemu se uopšte ne istražuje zašto se podnosi posebna tužba (zašto nije podnet zahtev u

[13] Už 35/06/12 od 21.02.2013. godine .

[14] Stav Ustavnog suda koji se često koristi kod poništavanja odluka redovnih i posebnih sudova, pa i Vrhovnog kasacionog suda o "arbitrernosti i proizvoljnosti" deluje veoma uvredljivo; nekada se koristi i u situaciji kada se ne citira propis koji je pogrešno primenjen. Time se slabi autoritet pravosuđa i održava napetost u odnosima između redovnih i specijalizovanih sudova sa jedne strane i Ustavnog suda sa druge. ESLjP ne poništava sudske odluke nacionalnih država kao što to ne čini ni sud pravde EU u Luksemburgu (poništava odluke ostalih državnih organa).

prethodnoj tužbi) radi isplate naknade zbog prekovremenog ili smenskog rada; kada je ta ranija presuda postala pravnosnažna i izvršna; da li je izvršena eventualno i uplata doprinosa (poslodavac po pravilu ima obavezu da istovremeno sa svakom isplatom zarade i naknade plati i doprinose), niti istražuje da li se zaposleni obraćao poslodavcu radi rešenja spora mirnim putem. Sve presude su moderne i predstavljaju "kompjuterske pelcere".

Vrhovni kasacioni sud u postupku po reviziji odbacuje tužbe (kada je doprinos samostalan zahtev) po osnovu člana 16. i člana 374. stav 2. tačka 2. ZPP,[15] smatrajući da je za rešavanje spornog odnosa nadležan organ uprave (Zakon o PIO Fondu, Zakon o doprinosima, Zakon o upravi prihoda i poreskoj administraciji), držeći se stava (zaključka) iz 2010. godine koji je na skorašnjoj sednici preispitan i ostao je na snazi.

KRITIČKI OSVRT

Iz svega izloženog proizilazi da nema ničeg spornog u praksi, da je sud nadležan i u pogledu zahteva za uplatu doprinosa kada je on istaknut istovremeno sa zahtevom za isplatu zarade, naknade štete zbog gubitka u zaradi (izričito pravilo po čl. 191. ZOR) ili kada se traži naknada zarade zato što je novi ZOR usvojio koncept tzv. "bruto zarade" (doprinosi spadaju u zaradu). Međutim, kada je istaknut poseban zahtev za uplatu doprinosa u sudskom postupku, kao što iz rečenog proizilazi, mišljenja su podeljena. Smatra se da su stavovi dva suda suprotstavljeni, ali čini se da nije tako. U analiziranom predmetu Ustavnog suda i izloženoj argumentaciji vidi se da je zahtev za doprinose bio jedan od više zahteva zaposlenog, a predmet preispitivanja stava od strane Vrhovnog kasacionog suda je bilo sporno pitanje postavljanja samo (jedinog) zahteva za doprinose.

Ali i da su suprotstavljeni, primat ima odluka ESLjP jer u hierarhiji pravnih propisa ratifikovane Međunarodne Konvencije (a samim tim i praksa ESLjP) su iznad domaćih zakona, pa i prakse Ustavnog suda Srbije[16] (više o tome napred).

Kada se jezički (gramatički), a i ciljno tumači Zakon o doprinosima i s tim u vezi Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, nesumnjivo se može zaključiti da u pogledu samostalnog zahteva za uplatu doprinosa postoji isključiva nadležnost organa uprave (jasne procesne i inperativne norme se ne tumače).

[15] Na sudsku stvarnu nadležnost sud pazi po službenoj dužnosti.

[16] Član 194. Ustava RS.

Izuzeci se moraju usko tumačiti i primenjivati onako kako glase. ZPP u članu 1. to i kaže: "Sud je nadležan u imovinskim, radnim sporovima... osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno". U našem problemu je upravo "drukčije određeno". Ključne reči iz Zakona o doprinosima odnosno poreskom postupku i poreskoj administraciji su *"utvrđuje, naplaćuje, kontroliše, službena dužnost", javni prihod; upravni postupak;* posebnim pravilom otklanja se primena drugih zakona (naročito treba podvući glagol "naplaćuje"). Dakle, dva posebna zakona (jedan materijalno-pravnog, a drugi procesno-pravnog karaktera) regulišu ovu materiju u potpunosti.

Zakonsko regulisanje zasnovano je na teoretskom stavu (ranije shvatanje) da su doprinosi oblik obaveznih dažbina, koje se čine u opštem interesu. Novija teorija izjednačava doprinose sa porezima-društvenim javnim prihodom[17], pa je to polje upravnog prava zbog interesa države (društva) da se naplaćuju doprinosi za fondove socijalnog osiguranja zato što se na taj način puni budžet (javni interes preovlađuje). Oblast poreza je isključivo upravna. Čak i da nema jasnog zakonskog regulisanja, razgraničenje bi se moglo sprovesti na osnovu stavova teorije da je ključni kriterijum predmet regulisanja odnosno pravna priroda odnosa. Građansko pravo (obligaciono) karakteriše autonomija volje, pravna jednakost, prenosivost prava i obaveza, imovinska sankcija i pravna zaštita na lični zahtev.

Naprotiv, administrativni (upravni) odnos karakteriše subordinacija, nejednakost strana, po pravilu neprenosivost prava i obaveza, kazne za neizvršenje, službena dužnost.[18] Zbog toga se doprinosi ne mogu smatrati (kao što ima mišljenja) da je to zakonska obligacija, jer je to prevashodno odnos između poslodavca i države; nema autonomije volje, jer je visina doprinosa za sve vidove socijalnog osiguranja zakonom propisana; ne mogu se samostalno prenositi (prometovati); ne potiču iz ugovora između države i poslodavca. U parnici se odlučuje o pravu, a u upravnom postupku o upravnoj stvari. Ovde je pravo nesporno (jer zakoni obavezuju poslodavce da istovremeno sa uplatom zarade plate i doprinose po zakonom određenim stopama i da naplatu i kontrolu vrši organ uprave). Ako se izložena pravila ne bi primenila bila bi bez ikakvog efekta i smisla. Sa druge strane pravila o sudskoj nadležnosti detaljno su uređena zakonima, pa uslovno rečeno "pozivanje" na Ustav nije nužno. Ali i kada bi se shvatili kao zakonska obligacija

[17] "Enciklopedija imovinskog prava", str. 278.

[18] Slavoljub Popović i grupa autora "Upravno pravo", str. 18; Borivoje Poznić "Građansko. procesno pravo" str. 74.

(ugovorni odnos između poslodavca i zaposlenog) posebnim zakonom određena je nadležnost odrgana uprave (kada je to jedini zahtev).

Upravna zaštita može biti veoma efikasna, jer je za ostvarivanje prava zaposlenog dovoljna prijava (obaveštenje) da poslodavac krši zakon i inspekcijska kontrola. Nema angažovanja suda, predujma troškova, veštačenja, čekanja pravnosnažnosti i gubitka vremena. Rešenje zakonodavca je racionalno jer se jednim zbirnim rešenjem i eventualno izricanjem novčanih kazni, može ostvariti svrha (zaštita prava zaposlenih, a i nezaposlenih). Ako uprava postupa po zakonu u čemu bi se ogledao pravni interes tužioca da zaštitu traži komplikovanijim (skupljim) putem. Ako se vratimo uvodu i velikanu S. Jovanoviću, kod nespornih pravnih pitanja o čemu to sud "rezonuje". Sa druge strane u situaciji kada se "cepaju potraživanja" (iako ih ZPP izričito ne zabranjuje), očigledno se pogoduje lukrativnim ciljevima voljnih punomoćnika na račun države i poreskih obveznika.[19]

Argument Ustavnog suda i pristalica shvatanja o potpunoj sudskoj nadležnosti, zasnovan na zakonskom rešenju da su doprinosi sastavni deo bruto zarade, bez obzira kada se ističe jednostavno ne stoji, jer kao što je ranije istaknuto u mnogim pravnim institutima postoji uređena i razgraničena (odvojena ili paralelna nadležnost) suda i organa uprave.[20]

Razmotrimo sada argument Ustavnog suda da se praksom o odbacivanju tužbe od strane redovnih sudova kada se odlučuje samo o doprinosima, tužilac sprečava na pristup sudu i na taj način se vređa pravilo iz člana 6. EK i član 32. Ustava RS.

Ta tvrdnja jednostavno nije tačna, jer se iz više odluka Evropskog suda za ljudska prava može zaključiti da zaštita od strane redovnih sudova nije nužna ako se isti efekat može postići kroz upravni postupak.[21] A ovde može. Za zaštitu pra-

[19] U masovnim sporovima policajci i železničari su prvo podnosili tužbe radi naknade zarade zbog prekovremenog ili smenskog rada; po završetku tih sporova podnose tužbe radi naknade regresa i troškova toplog obroka; u trećem krugu, sada aktuelnom, podnose tužbe radi uplate doprinosa. Raniji Zakon o radu Francuske sadržavao je pravilo da svi zahtevi iz odnosa zaposleni poslodavac moraju biti podneti u jednoj tužbi. (XXMeeting ELCJ 10-11.9.2012, Copenhagen, Denmark, National report, str. 32. Slično rešenje postoji i u američkom pravu.

[20] Primer eksproprijacije: prenos svojine u javnom interesu vrši se u upravnom postupku, kao i pokušaj mirnog određivanja naknade. Tek u slučaju spora naknadu određuje sud u vanparničnom postupku.

[21] Presuda ESLjP "Popović protiv Srbije" povraćaj samodoprinosa-odbijena aplikacija građana kojima je tužba odbačena zbog apsolutne nenadležnosti suda; Juhas protiv Srbije.

va, kao što je istaknuto, dovoljno je prijaviti nezakonit rad poslodavca. Inspekcija vrši kontrolu i područna jedinica mora po službenoj dužnosti da reaguje; obavezuje poslodavca da izvrši uplatu; postupak je kraći i brži. Ako se podnese tužba prvi problem za tužioca je određivanje visine i rizik da tužba ako je podnese advokat bude odbačena; predujam troškova i veštačenje su nužnost; sudovi postaju zatrpani jer se tužbe masovno podnose.

Osvrnimo se ukratko na praksu sudova zemalja u okruženju (koje imaju istu zakonsku regulativu).

Kao Vrhovni kasacioni sud (stav iz 2010. godine) sude i Vrhovni sud Hrvatske, a još strožije i Vrhovni sud Crne Gore.

Prema praksi hrvatskih sudova u postupcima u kojima je predmet tužbenog zahteva isplata doprinosa kao samostalan zahtev koji se podnosi posle pravnosnažne odluke kojom je poslodavac obavezan na isplatu određene neto zarade, sudovi tužbe odbacuju. Iz obrazloženja Vrhovnog suda Hrvatske: "Kada tužitelj naknadno nakon što je ostvario pravo na isplatu neto plaće potražuje razliku između bruto i neto plaće – i to na način da traži uplatu iznosa poreza, prireza i obveznih doprinosa na račune nadležnih tijela, ne radi se o potraživanju i o sporu koji bi u smislu odredbi čl. 1. i čl. 16. ZPP bio u sudskoj nadležnosti. Takva potraživanja su po pravnom shvaćanju ovog suda u nadležnosti upravnih tijela – koji su nadležni za njihovo utvrđivanje i naplatu, a putem toga i za zaštitu prava koje je tužitelj ostvario svojim zahtjevom upućenim tuženoj"[22]... "Takvo pravo tužiocu ne pripada nakon što je ostvario potraživanje neto plaće (što je u konkretnom predmetu slučaj) a slijedom toga i pravo tražiti od poslodavca uplatu poreza i doprinosa na račune nadležnih tjela u sudskom postupku"[23].

U Crnoj Gori navedeni postupci su predmet razmatranja Upravnog suda[24]. U slučaju da se ovakav zahtev podnese sudu redovne nadležnosti, tužba se odbacuje i sud se oglašava apsolutno nenadležnim, čak i kada je ovaj zahtev vezan za radni odnos sa obrazloženjem da se prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja

[22] Presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske Revr 662/09-2 od 11. studenog 2009; Revr 738/10-2 od 30. lipnja 2010.

[23] Presuda Vrhovnog suda Repubike Hrvatske Revr 459/10-2 od 16. ožujka 2011.

[24] Presuda Upravnog suda Crne Gore U 4104/16 od 28.6.2017. godine; presuda Vrhovnog suda Crne Gore Uvppr 1349/18 od 13.9.2018. godine.

ostvaruju u Fondu, pa je samim tim Fond PIO Crne Gore nadležan za ostvarivanje prava po ovom osnovu[25].

Vratimo se nama.

Izuzetno sudska nadležnost bi postojala u situaciji kada uprava prihoda "ćuti" i na prijave o neplaćanju ili uskraćivanju doprinosa ne reaguje ili čini selekciju (diskriminaciju). U toj situaciji oštećeni bi mogao da bira: i da tuži samo poslodavca, ili samo dražavu - upravu prihoda, ili oba navedena subjekta jer oni zajedno,(a mogu i nezavisno) , nezakonito i nepravilno – suprotno funkcionisanju "dobre službe" postupaju (ne čine) zbog čega su stvoreni uslovi za njihovu solidarnu odgovornost po članu 206. ZOO[26] u vezi člana 172. stav 1. ZOO[27] i člana 35. stav 2.Ustava RS[28], kao i člana 16. Zakona o zabrani diskriminacije. Preovlađuje mišljenje da bi se ovde radilo o posebnoj vrsti objektivne odgovornosti (odgovornost za rizik).[29] Takođe bi sud bio nadležan za presuđenje u situacijama kada se ne zna ko je poslodavac (prestanak postojanja poslodavca), jer treba raspraviti nekada složena pitanja prestanka pravnog lica i sukcesije. Izloženo stanovište je u skladu sa pravnim shvatanjem o razgraničenju između sudske i upravne nadležnosti po kome "nadležnost organa uprave za postupanje ... ne isključuje nadležnost redovnog suda radi naknade štete zbog nezakonitog ili nepravilnog rada državnog organa".[30]

Prethodni uslov za podnošenje ove vrste tužbe (za naknadu štete) je samo obaveštenje upravi prihoda da poslodavac ne vrši svoju zakonsku obavezu (nije nužno vođenje kompletnog upravnog postupka do njegove pravnosnažnosti).

---

[25] Presuda Višeg suda u Bijelom Polju Gž 271/17 od 28.2.2017. godine; presuda Vrhovnog suda Crne Gore Rev 683/17 od 7.6.2017. godine; rešenje Višeg suda u Podgorici Gž 4287/12-11 od 14.12.2012. godine i rješenje Vrhovnog suda Crne Gore Rev 347/13 od 9.4.2013. godine.

[26] za štetu koju je više lice prouzrokovalo, svi odgovaraju solidarno.

[27] pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija.

[28] Svako ima pravo na naknadu materijalne ili nematerijalne štete koju mu nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave. Zakon određuje uslove pod kojima oštećeni ima pravo da zahteva naknadu štete neposredno od lica koje je štetu prouzrokovalo.

[29] Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je izričito pominje. ZOO u članu 172. (odgovornost pravnog lica) se o osnovu odgovornosti ne izjašnjava, kao i kod više pravila kod odgovornosti "za drugog" (prepliću se i krivica i objektivna odgovornost).

[30] Građansko odeljenje Vrhovnog suda Srbije, 06. april 2004. godine.

Ovde se može postaviti pitanje da li je sud nadležan kada tužilac uopšte ne ukazuje na bezuspešnu prijavu, zato što nije vezan za pravni osnov tužbenog zahteva (član 192. stav 4. ZPP). Čini se da ne može, zato što je sud vezan za činjenice koje obrazuju tužbeni zahtev. Tužba za naknadu štete je posebna vrsta tužbe. Sud u fazi prethodnog ispitivanja tužbe pazi na svoju stvarnu nadležnost i tužbu odbacuje oslanjajući se isključivo na sadržinu tužbe.[31] Napominje se da se u analiziranim predmetima nezakonit rad poslodavca uopšte ne spominje, niti se navodi bilo koja činjenica od značaja za naknadu štete (protivpravnost, šteta, uzročna veza između radnje i posledice).

Iz istaknutih razloga autori ovih redova zalažu se za poštovanje stava Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda iz 2010.godine, pa ga ponovo parafraziramo:

I

1. Sud nije stvarno nadležan da odlučuje o doprinosima kao samostalnom zahtevu (jedinom zahtevu);

2. Sud je nadležan za odlučivanje i o doprinosima, kada su sastavni deo tužbe u kojoj je istaknuto više zahteva u vezi zarade, naknade zarade i naknade štete zbog gubitka zarade (doprinosi predstavljaju element bruto zarade);

3. Izuzetno, po tužbi radi naknade štete, sud je nadležan za presuđenje zbog nezakonitog ili nepravilnog rada poslodavca i državnog organa (solidarna odgovornost).

II

Čini se da treba razmisliti o izmeni zakona. **P***redlažemo da se rešavanje u vezi utvrđivanja, naplate i kontrole doprinosa, vrati u nadležnost Socijalnim fondovima-Fondu PIO (ranije rešenje), zato što su oni, usko specijalizovani i što su, čini se, bili efikasniji.* Oni vode matičnu evidenciju (dokazi o uplatama). Za upravu prihoda po tvrdnjama upućenih ovo je očigledno periferna nadležnost. Izmene bi doprinele (uz doslednu primenu zakona) smanjenju broja sporova, rasterećenju sudova i bavljenju pitanjima (složenijim) koja se tiču tumačenja, utvrđivanja i smisla prava (zaštite).

ZAKLJUČAK

Zakonska rešenja o doprinosima (nadležnosti) zasnovana su na teoretskom stavu o njihovoj pravnoj prirodi (da predstavljaju vrstu poreza), a samim

[31] član 294. stav 1. tačka 2. ZPP.

tim upravnu materiju. Izuzetno oni mogu biti predmet parnice kada se istovremeno raspravlja o zaradi, naknadi zarade i naknadi štete zbog gubitka zarade jer predstavljaju akcesorni zahtev uz glavnu stvar (celishodnost). Ali kada su jedini (samostalan) zahtev, za rešavanje je nadležna Područna jedinica uprave prihoda po službenoj dužnosti. Pravilo je jasno i ne zahteva tumačenje (imperativnog je karaktera). Za ostvarivanje prava dovoljno je obaveštenje ili prijava. Ako organ uprave neće da po obaveštenju postupa deluje nezakonito (protivpravno), a i nepravilno (postupa suprotno pravilima tzv. "dobre službe"), pa parnični sud može da sudi i da poslodavca obaveže na naknadu štete koja se ravna visini doprinosa. Dosledna primena zakona smanjiće pritisak na i onako preopterećene parnične sudove.

PREDRAG TRIFUNOVIĆ
Judge, Supreme Court of Cassation
MIRJANA POPOVIĆ
Adviser to the Supreme Court of Cassation

CONTRIBUTES AS THE SOLE PROSECUTION REQUEST

Summary

Legal regulations on the contributions (jurisdictions) are based on the theoretical standpoint on their legal nature (that they represent a type of tax), and thus represent administrative matter. Exceptionally, they can be the subject of litigation when the salary, the compensation of salary and the compensation of damages from the loss of salary are simultaneously resolved, as they then represent an additional demand along with the main matter (appropriateness). However, when they become the only (independent) demand for resolution, they are under the ex officio jurisdiction of a branch of the Republic Administration of Public Revenues. The rule is clear and it does not require interpretation (it is imperative in character). A notification or a complaint suffices to claim the rights. Nevertheless, when the Administration of Public Revenues branch does not act on the notification, it acts illegally (unlawfully), as well as contrary to the rules (it does not act in accordance with the principles of the so called "good service"), and so a civil court of first instance may try and oblige the employer to the compensation of damages equal to the amount of contributions. Consistent application of the law will lower the pressure on the already overly burdened civil courts of first instance.

SLOBODANKA KOVAČEVIĆ-PERIĆ

PERSPEKTIVA DOSTOJANSTVENOG RADA U REPUBLICI SRBIJI

– Sa aspekta zapošljavanja –

U V O D

Fundamentalo je pravo svakog čoveka da radom, pristojnim radom, obezbedi sebi i porodici život dostojan čoveka. U tom smislu, savremena država, kao socijalno odgovorna država mora da bude utemeljena na poštovanju ljudskih prava i da kontinuirano stvara uslove za dostojanstven/pristojan rad. Agenda o dostojanstvenom radu ("decent work") [1] koja se temelji na ideji Međunarodne organizacije rada (u daljem tekstu: MOR)[2] da "unapređuje mogućnosti za žene i muškarce u dobijanju pristojnog i produktivnog rada, u uslovima slobode, jednakosti, sigurnosti i ljudskog dostojanstva", iziskuje multidimenzionalni pristup. To

Dr Slobodanka Kovačević-Perić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

[1] Pristojan rad od engl. reči "decent work" prevodi se na srpski jezik i kao "dostojanstven rad". Srbija je usvojila Program dostojanstvenog rada i šira stručna javnost upotebljava termin dostojanstven, pa ćemo se u daljem radu pretežno služiti ovim terminom.

[2] Agenda Međunarodne organizacije rada (*The ILO Decent Work Agenda*), inicirana je od strane Huana Somavije (Juan Somavia) generalnog direktora MOR-a. International Labour Organization, *Report of the Director-General: Decent Work*, ILC 87th Session, ILO, Geneva, June 1999.

podrazumeva nekoliko segmenata: produktivno zapošljavanje, poštovanje prava na radu, socijalnu zaštitu i promovisanje socijalnog dijaloga.

U tom smislu, pristup pristojnom radu na nacionalnom nivou, mora da maksimalizuje sinergiju različitih faktora, kako bi se pronašle političke i institucionalne opcije u cilju prevazilaženja barijera, konfliktnih odnosa i ograničenja. Evidentno, u ostvarivanju tih ciljeva suočavamo se sa razdorom "između sveta u kome radimo, i nade koju ljudi imaju u bolji život".[3] Međunarodna organizacija rada je stanovišta, da su zemlje u boljoj poziciji da profitiraju u globalnim tokovima uz odgovarajući balans između ekonomskog i socijalnog razvoja, i da ovo zauzvrat vodi ka pristojnijem radu.[4] Zapošljavanje je vitalna komponenta pristojnog posla, jedan od četiri strategijska cilja, na koja je koncept pristojnog posla konvergentno usredsređen.[5] Izveštaji Međunarodne organizacije rada pokazuje da se stopa nezaposlenosti u svetu stabilizuje nakon rasta nezaposlenosti u 2016. godine.

Prema izveštaju MOR-a o stepenu nezaposlenosti do kraja 2017. godine i trendovima za 2018. godinu očekivanja su bila da će u 2017. godini dostizati 5,6 posto, sa ukupnim brojem nezaposlenih preko 192 miliona ljudi. Iako se globalna nezaposlenost stabilizovala, deficiti dostojanstvenog rada ostaju rasprostranjeni: globalna ekonomija i dalje ne stvara dovoljno radnih mesta, upravo zbog nadolazeće radne snage. Stoga je potrebno uložiti dodatne napore kako bi se poboljšao kvalitet rada za sve nosioce radne snage i obezbedilo da se dobitak rasta ravnomerno podeli.[6]

Međutim, ovde nije reč o ma kakvom poslu, bilo kakvom zaposlenju koje donosi prihod, to nije samo puka fizička i umna delatnost. Svet rada obiluje masom regrutovanih radnika koji su izvan zvaničnog tržišta – samozaposleni, radnici bez ugovora o radu, rad na crno (neformalna ekonomija), rad kod kuće, zloupotrebe prekovremene satnice i onih latentno nezaposlenih (migranti, domo-

---

[3] B. Hepple, *Rights at work,* navedeno prema: Decent Work: Objectives and Strategies, International Labour Office Geneva, 2006., str. 72.

[4] S. Perić, *Pristojan rad* (monografija), Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Graficolor - Kraljevo, Beograd, 2013, str. 62.

[5] Dh.Ghai, *Decent work: Universality and diversity*, y: Decent Work: Objectives and strategies,International Labour Office, Geneva, 2006, str. 10 i 11.

[6] *World Employment and Social Outlook – Trends 2018* (ILO: Unemployment and decent work deficits to remain high in 2018), News - 22 January 2018, ILO Director-General Guy Ryder, dostupno:http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_615590/lang--en/index.htm (19.07.2018)

rodački narodi, i sl). Globalno, procena je Međunarodne organizacije rada, da je 192 miliona ljudi potpuno nezaposleno. Ali, ovo je samo vrh na ledenom bregu, s obzirom da je mnogo više ljudi primorano da izdržavanje dopuni neredovnim ili povremenim poslovima, samozapošljavanjem niske produktivnosti ili drugim oblicima neadekvatnog zaposlenja. Gde je otvorena nezaposlenost niska, ispitivanje izbliza često sugeriše da se radi o poslovima niskog kvaliteta i niskih prihoda, ili da je veliki broj radnika – uglavnom većinom žene, isključen iz statistike.[7]

Sa tog aspekta, politika zapošljavanja je važna kako za unapređenje zaposlenja, tako i za ravnomernu distribuciju prihoda. Ovo stoga, jer sa pravnog aspekta zaposlenje je segment ostvarivanja prava na rad. Za punu afirmaciju prava na rad zaposlenje mora da poseduje izvesni kontinuirani kvalitet pristojnosti i kvantitet dostojanstvenosti. Pod tim se podrazumeva: sloboda u izboru zaposlenja; zaposlenje koje odgovara radnim i stručnim sposobnostima zaposlenog; stabilnost (trajnost) i sigurnost zaposlenja; da generiše pristojnu socijalnu i materijalnu sigurnost zaposlenih i da omogući afirmaciju radnih i profesionalnih sposobnosti zaposlenog.

TRENDOVI NA TRŽIŠTU RADA[8]

Na osnovu podataka Republičkog zavoda za statistiku (RZS) Republike Srbije iz Ankete o radnoj snazi (ARS) u 2017. godini oko 2,8 miliona ljudi je bilo zaposleno, dok je oko 435 hiljada bilo nezaposleno. Broj neaktivnih lica je iznosio gotovo koliko i broj zaposlenih – oko 2,8 miliona. Stopa zaposlenosti na nivou Republike je iznosila 46,7%, stopa nezaposlenosti 13,5%, a stopa neaktivnosti 46%. U 2017. godini uočavaju se pozitivne tendencije na tržištu rada u Republici Srbiji. Broj zaposlenih je porastao, dok je broj nezaposlenih i neaktivnih lica u odnosu na 2016. godinu smanjen. Usled toga, smanjene su stope nezaposlenosti i neaktivnosti, a stopa zaposlenosti je povećana.

---

[7] *Ibid.*

[8] Podaci su dati na osnovu kombinovanja rezultata Ankete o radnoj snazi Republičkog zavoda za statistiku, Istraživanja o registrovanij zaposlenosti i na osnovu Analize kretanja na tržištu radne snage u 2017. godini Parlamentarne budžetske komisije. Podaci ankete o radnoj snazi preuzeta sa sajta Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije. Dostupno: http://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/trziste-rada/anketa-o-radnoj-snazi/ (29.06.2018) Republički zavod za statistiku od 1999. godine ne raspolaže podacima za AP Kosovo i Metohija, tako da oni nisu sadržani u obuhvatu podataka za Republiku Srbiju.

U trećem kvartalu 2017. godine zabeležen je najveći broj zaposlenih (2 881 900) u periodu 2014–2017. godine, zbog čega su i stope aktivnosti (55,3%) i zaposlenosti (48,2%) najviše. U trećem kvartalu 2017. godine je, u poređenju sa prethodnim kvartalom, zabeleženo smanjenje broja neaktivnih lica (za 52 100 lica) u korist porasta broja nezaposlenih za oko 44 100 lica. U poređenju sa trećim kvartalom 2016. godine, došlo je do smanjenja broja nezaposlenih za 21 900 lica i istovremeno je porastao broj zaposlenih za oko 67 900 lica.

Prema podacima Ankete o radnoj snazi u četvrtom kvartalu 2017. godine broj zaposlenih iznosio je 2 763.600, a broj nezaposlenih 475 600. Stopa zaposlenosti populacije starosti 15 i više godina iznosi 46,3%, stopa nezaposlenosti 14,7%, što daje stopu aktivnosti od 54,2%, dok je stopa neaktivnosti 45,8%. *Broj registrovanih zaposlenih u 2017. je iznosio 2 062 588.* Registrovana zaposlenost je porasla u prethodne dve godine za oko 73 hiljade lica. Preko 90% registrovanih zaposlenih je u radnom odnosu, pre svega na osnovu ugovora o radu. Preostali deo čine registrovani poljoprivrednici i zaposleni koji nisu u radnom odnosu, što znači da su angažovani na osnovu ugovora o delu, o obavljanju privremenih i povremenih poslova i dr. Povećanje ukupne registrovane zaposlenosti duguje se upravo rastu broja zaposlenih u radnom odnosu – njihov broj je porastao za oko 76 hiljada u odnosu na 2015. godinu. Povećanje registrovane zaposlenosti tokom prethodnog perioda zasniva se prevashodno na rastu broja zaposlenih kod poslodavaca. Trećina ukupnog broja registrovanih zaposlenih, što iznosi oko 690 hiljada, radi u Beogradu.[9] Mora se uzeti u obzir da je Beograd, u poslednjoj godini, povećao broj stanovnika za 15 000. *Kretanja na tržištu rada su praćena nepovoljnim demografskim trendovima.*

Prema podacima ARS, broj radno aktivnih stanovnika je u periodu od 2014. do 2017. godine smanjen za oko 115 hiljada, što je delimično uticalo na povećanje stopa zaposlenosti i neaktivnosti.[10] Takođe, smanjen je broj osoba radnog uzrasta (15–64) za oko 205 hiljada, pri čemu je broj mladih (15–24) smanjen za više od 60 hiljada u periodu od tri godine. Neravnomerna zastupljenost polova na tržištu rada je i dalje prisutna.

---

[9] Citirano prema: Analiza kretanja na tržištu radne snage u 2017. godini, nav. delo, str. 2 i dalje.

[10] Stope zaposlenosti i neaktivnosti se obračunavaju stavljanjem u odnos broja zaposlenih, odnosno neaktivnih lica, sa ukupnim brojem radno aktivnih lica. Prema proračunu Parlamentarne budžetske kancelarije (dalje: PBK), smanjenje radno aktivnog stanovništva u 2017. u odnosu na 2014. godinu je doprinelo povećanju stope zaposlenosti sa 0,9 p. p., dok je doprinos povećanju stope neaktivnosti iznosio 0,8 p. p. Više o analizi vidi fn. 33.

Naime, dok stopa aktivnosti muškaraca starih 15 i više godina iznosi 62,8%, kod žena je taj udeo svega 46,2%. Stopa zaposlenosti muškaraca je za čak 14,9 p. p. veća od stope zaposlenosti žena (graf. 2).

Zaposlena lica: U odnosu na treći kvartal 2017. godine**,** broj zaposlenih lica u četvrtom kvartalu 2017. godine je manji za 118.300. U odnosu na isti kvartal prethodne godine, broj zaposlenih je povećan za 32.200. Prema statističkim pokazateljima i parametima i lica koja su najmanje jedan sat u posmatranoj sedmici obavljala neki plaćeni posao (u novcu ili naturi), kao i lica koja su imala zaposlenje, ali koja su u toj sedmici bila odsutna sa posla (uz garanciju povratka) smatraju se zaposlenim licima. [11]

Stopa zaposlenosti iznosi 46,3%, što je smanjenje za 1,9 p. p. u odnosu na prethodni kvartal, a povećanje za 0,8 p. p. u poređenju sa istim kvartalom 2016. godine. *Zaposlenost* se tokom protekle godine (od četvrtog kvartala 2016. do četvrtog kvartala 2017. godine) u *formalnom sektoru* povećala za 56.500 lica, dok je u *neformalnom sektoru* zabeležen pad broja zaposlenih od 24.300 lica. *Stopa neformalne zaposlenosti,* na nivou svih delatnosti, u četvrtom kvartalu 2017. godine iznosila je 19,8% (graf. 3). Stopa neformalne zaposlenosti van poljoprivrede je dosta manja i iznosila je 9,8%.[12]

Nezaposlena lica: U četvrtom kvartalu 2017. *broj nezaposlenih lica* starih 15 i više godina iznosi 475 600. Broj nezaposlenih je povećan u odnosu na prethodni kvartal za 47 400 lica i za 65 700 u odnosu na četvrti kvartal 2016. godine. U poređenju sa prethodnim kvartalom, nezaposlenost je veća kod oba pola. Zabeleženi porast nezaposlenosti veći je kod muškaraca (34 600) nego kod žena (12 800). U odnosu na isti kvartal prethodne godine, nezaposlenost je povećana kod oba pola, s tim što je povećanje veće kod žena (38.700).

Stopa nezaposlenosti kod populacije starosti 15 i više godina iznosi 14,7% na nivou cele Srbije, pri čemu je najviša u Regionu Južne i Istočne Srbije (16,4%). Najnižu vrednost ova stopa ima u Regionu Vojvodine (13,2%). *Stopa dugoročne nezaposlenosti* iznosi 8,8%, što je za 1,1 p. p. više u odnosu na prethodni kvartal i

[11] Ovaj pokazatelj koji je Republički zavod uvrstio u statistički parameta, povećava stopu zaposlenosti, to je nesporno. Međutim, smatramo, da je nesaglasan načelu prava na rad i konceptu stalnosti zaposlenja - kontinuitetu prava i obaveza kao fundamentu radnog odnosa i principu *favor laboratoris* (mišljenje autora: *S.P.*).

[12] Neformalnom zaposlenošću smatra se rad u neregistrovanim preduzećima, rad u registrovanim preduzećima bez ugovora o radu, kao i rad pomažućih članova domaćinstva. Stopa neformalne zaposlenosti predstavlja udeo neformalno zaposlenih u ukupnoj zaposlenosti.

za 0,5 p. p. više u odnosu na isti kvartal 2016. godine. *Stopa nezaposlenosti mladih* (15–24 godine) iznosi 33,3%. Najviša je u Regionu Južne i Istočne Srbije (37,1%), a najniža je u Regionu Vojvodine (29,7%). *Stopa NEET*[13] iznosi 17,6%, što predstavlja povećanje od 0,5 p. p. u odnosu na prethodni kvartal i povećanje u odnosu na četvrti kvartal 2016. godine od 1,1 p. p. *Broj neaktivnih lica* u četvrtom kvartalu 2017. godine iznosi 2.735.000, što je za 63.900 više u odnosu na prethodni kvartal, a za 128.000 manje u poređenju s četvrtim kvartalom 2016. godine. *Stopa neaktivnosti* iznosi 45,8%, što je za 1,1 p. p. više u odnosu na treći kvartal 2017. godine. Ova stopa je znatno veća kod žena (53,8%) nego kod muškaraca (37,2%).

Statistički podaci za I kvartal 2018. godine

U prvom kvartalu 2018. godine[14] broj zaposlenih iznosi 2 688 300, a broj nezaposlenih 468 700. Stopa zaposlenosti populacije starosti 15 i više godina iznosi 45, 1% a stopa nezaposlenosti 14, 8%. *Stopa aktivnosti* stanovništva starosti 15 i više godina iznosi 52,9%, pri čemu je stopa aktivnosti kod muškaraca 61,4%, a kod žena 45,0%. *Stopa zaposlenosti* stanovništva starosti 15 i više godina iznosi 45,1%, pri čemu je stopa zaposlenosti kod muškaraca 52,7%, a kod žena 37,9%. Najveća stopa zaposlenosti je u Beogradskom regionu (47,8%), i u Regionu Šumadije i Zapadne Srbije (45,7%). U Regionu Vojvodine ova stopa iznosi 44,7%, a najnižu vrednost ima u Regionu Južne i Istočne Srbije (41,5%). *Stopa neformalne zaposlenosti* na nivou svih delatnosti iznosi 18,6%, pri čemu gotovo dve trećine neformalnog sektora (62,7%) čini zaposlenost u poljoprivrednim delatnostima. *Stopa nezaposlenosti* stanovništva starosti 15 i više godina iznosi 14,8%, i to 14,1% za muško i 15,8% za žensko stanovništvo.

Posmatrano po regionima, ova stopa je najveća u Regionu Južne i Istočne Srbije (18,3%). U Regionu Šumadije i Zapadne Srbije ona iznosi 15,6%, a u Beogradskom regionu 13,3%. Stopa nezaposlenosti je najmanja u Regionu Vojvodine (12,9%). U I kvartal 2018. stopa nezaposlenosti mladih od 15 do 24 godina iznosila je 34,6 %. *Stopa neaktivnosti,* u istom periodu, iznosila je 47,1%. Gotovo polo-

[13] Skraćenica NEET (Not in Education, Employment or Training), označava populaciju koja "nije u sistemu obrazovanja, nisu zaposlena i nisu na obuci".

[14] Detaljniji podaci mogu se naći u tabelama koje su deo saopštenja iz Ankete o radnoj snazi za I kvartal 2018. (RS10),. Dostupno: http://publikacije.stat.gov.rs/G2018/Xls/G20181138.xlsx. (30. 06. 2018)

vina lica starijih od 15 godina nije aktivna na tržištu rada. Takođe, oko 30% neaktivnih je bez radnog iskustva. Glavni izvor prihoda neaktivnih osoba su sopstvena penzija ili prihod nekog od članova porodice.[15]

Poređenje sa istim periodom prošle godine: U odnosu na prvi kvartal 2017. godine, zabeležen je rast zaposlenosti (za 36 100) i nezaposlenosti (za 15 900). Samim tim, *kontingent radne snage veći je za 52 000* a stopa aktivnosti za 1,1 procentni poen (p. p.). Stopa zaposlenosti veća je za 0,8 p. p. a stopa nezaposlenosti za 0,3 p. p. U okviru ukupne zaposlenosti, koja je veća za 36 100, zaposlenost u poljoprivrednim delatnostima je smanjena za 43 000, dok je **u** *nepoljoprivrednim delatnostima došlo do rasta zaposlenosti za 79 000,* prvenstveno u formalnom sektoru (za 71 400). Rast formalne zaposlenosti je gotovo identičan rastu registrovane zaposlenosti (Centralni registar obaveznog socijalnog osiguranja), koji je, kada se izuzme poljoprivreda, bio 74 500.

U prethodne tri godine broj nezaposlenih[16] na evidenciji Nacionalna služba za zapošljavanje (u daljem tekstu: NSZ) se konstantno smanjuje. Prosečan broj nezaposlenih na evidenciji NSZ tokom 2017. godine iznosio je oko 651 hiljadu, što je za oko 63 hiljade manje u odnosu na prosek 2016. godine, i za oko 117 hiljada manje u odnosu na 2014. godinu. U strukturi nezaposlenih lica podaci pokazuju da svaki četvrti nezaposleni nema prethodno radno iskustvo.

Stopa nezaposlenosti je niža kod starijih kategorija stanovništva.[17] Smanjenje njihovog broja je pre svega rezultat zapošljavanja tih lica, ali i brisanja sa evidencije, zbog neispunjavanja zakonskih odredbi. U odnosu na prvi kvartal 2017. godine, zaposlenje su našla mahom lica starosti od 25 do 44 godine. U prethodne tri godine (2014-2017) najznačajnije poboljšanje je ostvareno u pogledu sma-

[15] Analiza kretanja na tržištu radne snage u 2017. godini, nav. delo, str. 1.

[16] Broj nezaposlenih lica - Metodološke razlike evidencije Nacionalne službe za zapošljavanje i Ankete o radnoj snazi: (1) Nacionalna služba za zapošljavanje – nezaposleni su: su lica koja nisu u radnom odnosu ili na drugi način ne ostvaruju pravo na rad, a vode se na evidenciji nezaposlenih i aktivno traže posao; podaci se dobijaju na osnovu evidencije NSZ; stariji od 65 godine ne mogu imati status nezaposlenih; meri se prvog dana u mesecu za prethodni. (2) Anketa o radnoj snazi – nezaposleni su: lica koja nemaju posao, ali ga aktivno traže i mogu da počnu da rade u roku od dve sedmice; podaci se dobijaju na osnovu odgovora ispitanika; stariji od 65 godina mogu imati status nezaposlenog; sprovodi se tokom cele godine.

[17] *Analiza kretanja na tržištu radne snage u 2017. godini*, Parlamentarna budžetska komisija, Beograd, 2018, str. 1.

njenja nezaposlenosti, i to pre svega kroz smanjenje dugoročne nezaposlenosti.[18] U odnosu na 2014. od ukupnog smanjenja broja nezaposlenih (173 hiljade), oko 144 hiljade se odnosilo na dugoročno nezaposlene. Zahvaljujući tome, učešće dugoročno nezaposlenih u ukupnom broju nezaposlenih lica je smanjeno, i u 2017. je iznosilo oko 60%. Smanjenje dugoročne nezaposlenosti je izraženije kod žena nego kod muškaraca.

Poređenje sa prethodnim kvartalom: U odnosu na četvrti kvartal 2017. godine, zaposlenost je smanjena za 75 300, pri čemu se 71% tog smanjenja odnosi na poljoprivredne delatnosti (posledica manjeg obima sezonskih radova u poljoprivredi tokom zimskih meseci). Pad broja zaposlenih odrazio se na stopu zaposlenosti, koja je za 1,2 procentna poena (p. p.) manja nego u prethodnom kvartalu. Beogradski region je, u poređenju sa ostalim regionima, "pretrpeo" najmanji gubitak poslova, što ne iznenađuje ako se ima u vidu sezonski karakter poljoprivrednih poslova, koji su se "ugasili" tokom zimskih meseci, a koji su najmanje zastupljeni u ovom regionu.

Smanjenje zaposlenosti je najizraženije u Regionu Šumadije i Zapadne Srbije. Bez posla su ostala lica sa nižim i srednjim nivoom obrazovanja, dok je u kategoriji visoko obrazovanih došlo do rasta zaposlenosti (za 32 100). Kada se izuzme delatnost poljoprivrede, u navedenom periodu su zabeležena dva pozitivna trenda – rast formalne zaposlenosti (za 6 900), pre svega u prerađivačkoj industriji, i smanjenje neformalne zaposlenosti (za 28 500). Pored smanjenja ukupne zaposlenosti došlo je i do smanjenja nezaposlenosti (za 6 800), tako da je kontingent radne snage (pod uticajem sezonskog faktora) u prvom kvartalu bio manji za 82 200 a stopa aktivnosti za 1,3 p. p. Sličan trend smanjenja zaposlenosti i nezaposlenosti, uz porast neaktivnosti (zabeležen na nivou cele populacije), zahvatio je i mlade uzrasta od 15 do 24 godine. Broj zaposlenih i nezaposlenih mladih smanjen je za 22 000 i 7 100, respektivno, što je uticalo na povećanje kontigenta neaktivnog stanovništva za 25 600 u ovoj starosnoj kategoriji.

Stopa nezaposlenosti mladih i dalje je na visokom nivou i iznosi 34, 6%. Udeo mladih koji niti rade niti su u procesu obrazovanja (formalnom ili neformalnom) u ukupnoj populaciji mladih između 15 i 24 godine starosti (tzv. stopa NEET) neznatno je promenjen u odnosu na prethodni kvartal (za 0,3 p. p.)

[18] Dugoročna nezaposlenost odnosi se na lica koja posao traže duže od godinu dana. *Analiza kretanja na tržištu radne snage u 2017. godini*, nav. delo, str. 8.

i sada iznosi 17, 3%. Kod populacije od 15 do 29 godina starosti, stopa NEET iznosi 21, 9%.

Tržište rada u Srbiji većini (ne)zaposlenih ne pruža mogućnosti za ostvarivanje standarda dostojanstvenog rada (Bradaš, 2017): stopa zaposlenosti stanovništva radnog uzrasta je jedna od najnižih u Evropi, dok je stopa nezaposlenosti među najvišima. Disbalans između ponude i potražnje radne snage rezultira visokom podzaposlenošću i dovodi do urušavanja kvaliteta poslova: sve zastupljeniji su prekarni oblici rada, a zarade većini zaposlenih ne omogućavaju pristojan život.

PERSPEKTIVA DOSTOJANSTVENOG RADA
(Zaključna razmatranja)

U Republici Srbiji, perspektiva dostojanstvenog rada sa aspekta zapošljavanja je u raskoraku između normativnog i faktičkog stanja. Stopa zaposlenosti stanovništva radnog uzrasta je jedna od najnižih u Evropi, dok je stopa nezaposlenosti među najvišima. Disbalans između ponude i potražnje radne snage rezultira visokom podzaposlenošću i dovodi do urušavanja kvaliteta poslova: sve zastupljeniji su prekarni oblici rada, a zarade većini zaposlenih ne omogućavaju pristojan život.[19]

Međutim, prema zvaničnoj statistici (Anketa o radnoj snazi – Republički zavod za statistiku) prvi put od 2000-te godine u Srbiji došlo je do smanjena nezaposlenost. Šta indukuje ovakvu "pozitivnu" ekonomsku sliku sa aspekta satistike? Potrebno je analizirati naveden "pozitivni trend" i poboljšanje u kontekstu ostalih indikatora, prevashodno dostojanstvenog rada. Na osnovu Ankete o radnoj snazi prate se kretanja i vrši procena ukupne radne snage u Republici Srbiji, premda, metodologija prikupljanja i selektovanja podataka donekle dovodi do ovakve "pozitivne" slike.[20]

---

[19] J. Pantović, S. Bradaš, K. Petrovar, *Položaj žena na tržištu rada* (Izveštaj oktobar 2017), Friedrich-Ebert-Stiftung, Beograd, str. 26-27.

[20] Postoje suštinske razlike između dva izvora podataka o zaposlenosti – Ankete o radnoj snazi i Istraživanja o registrovanoj zaposlenosti:

(1) prema načinu prikupljanja podataka: Anketa o radnoj snazi podatke (ARS) dobija anketiranjem odabrane grupe ispitanika, dok se podaci o registrovanoj zaposlenosti dobijaju iz evidencije Centralnog registra obaveznog socijalnog osiguranja (CROSO) i Statističkog poslovnog registra;

(2) prema definiciji pojma zaposlenosti: prema ARS, zaposleni su sva lica koja su u posmatranoj sedmici radila bar jedan sat i bila plaćena za svoj rad (u novcu ili u naturi); dok pojam re-

Na kraju 2017. godine nezaposlenost je smanjena za 14,7 posto. Iako je nominalno niža od stope nezaposlenosti u 2016. - 2015. - 2014. godini (4,1 i 2,4 procentna poena), ovaj podatak ne govori mnogo i, neukazuje šta se dešava na tržištu rada. Naime, povećana "stopa zaposlenosti", izražena kao udeo zaposlenih u populaciji radnog uzrasta, predstavlja pokazatelj sposobnosti privrede da kreira zapošljavanje. Smanjena nezaposlenost na 14,7% na kraj 2017. godine je respektabilna cifra. Međutim, sam po sebi indikator stope zaposlenosti ne pokazuje mnogo sa aspekta dostojanstvenog rada – kvalitet zaposlenja, vrsti ugovora, trajanju radnog odnosa, pravima na radu, zaradi, i sl. U smislu rečenog, *u prethodnom periodu bruto domaći proizvod je rastao sporije od povećanja zaposlenosti prema podacima ARS-a.*

Naime, u 2017. u odnosu na 2014. bruto domaći proizvod je porastao za 5,5%, dok je zaposlenost prema ARS-u porasla za 9,2%. Jedan od uzroka ovakvih kretanja je povećanje broja zaposlenih u niskoproduktivnim delatnostima. Ukoliko isključimo dve delatnosti sa najnižom produktivnošću – poljoprivreda, šumarstvo i ribarstvo, i delatnost domaćinstva kao poslodavca (čija produktivnost je u prethodnom periodu smanjena), podaci o kretanju bruto domaće vrednosti mnogo bolje korespondiraju sa kretanjem zaposlenosti.

Naime, u periodu 2014–2016. godine bruto domaća vrednost bez ove dve delatnosti realno je porasla za 4,4%, dok je ukupna zaposlenost bez ove dve delatnosti porasla za 4,8%. *Fiskalni savet Srbije ocenio je da su nepouzdani zvanični podaci o visokom rastu zaposlenosti* u Srbiji od oko 20 odsto u periodu od 2012. do 2017. godine, s obzirom na nizak rast bruto domaćeg proizvoda (BDP) od šest odsto. Kako je već objašnjeno, na rezultate na tržištu rada ne utiču samo kretanja zaposlenosti i nezaposlenosti, već i demografski trendovi, koji su naročito nepovoljni u populaciji uzrasta 15–24 godine.

Broj mladih je u odnosu na isti period prošle godine manji za 15.100, što predstavlja polovinu ukupnog smanjenja cele populacije. Prema Anketi o radnoj snazi za prvi kvartal 2018. godine neznatan je pad nezaposlenosti mladih (5.900) u korist zaposlenosti (4.200), tako da je u prvom kvartalu stopa zaposlenosti mla-

---

gistrovane zaposlenosti obuhvata lica kojima se uplaćuju doprinosi (pa se po tom osnovu nalaze u evidenciji CROSO). Kao posledica toga, registrovanom zaposlenošću obuhvaćena su samo lica koja imaju ugovor o zaposlenju i čiji poslodavci uplaćuju doprinose, dok ARS obuhvata i lica koja su neformalno zaposlena;

(3) prema periodu kada se prikupljaju podaci: anketiranja se sprovode tokom čitave godine, dok se registrovana zaposlenost meri na osnovu stanja pretposlednjeg dana u mesecu.

dih bila 18,5 osto a stopa nezaposlenosti 34,6 odsto. Podaci Republičkog zavoda za statistiku pokazuju da je u Srbiji svake godine manje 36 000 stanovnika.

Poseban problem predstavlja udeo mladih koji niti rade niti se školuju. Udeo mladih koji spadaju u tzv. NEET kategoriju u 2017. godini, u ukupnoj populaciji mladih od 15 do 24 godine, je u odnosu na isti period prethodne godine veća za 1,1 p.p i iznosi 17,6%.[21] Generalni podatak da je u Srbiji prvi put od 2000. godine smanjena nezaposlenost, povećana zaposlenost, nije dovoljan pokazatelj sa aspekta dostojanstvenog rada i dostojanstvenog život, jer statistika koja ukazuje na smanjenje nezaposlenosti ne pokazuje stvarno stanje stvari u zapošljavanju, niti daje realnu sliku o kvalitetu i pre svega sigurnosti zaposlenja.

Zvanična statistika se bazira na isključivo dva indikatora tržišta rada: stopu zaposlenosti i stopu nezaposlenosti, pri čemu se povećanje prve i smanjenje druge smatra isključivim pokazateljem uspešnosti na tržištu rada bez sagledavanja navedenih pokazatelja iz ugla mogućnosti za ostvarenje dostojanstvenog rada i bez uspostavljanja mehanizama za zaštitu ekonomskih i socijalnih prava zaposlenih.[22] Smanjenju doprinosi i fleksibilniji pristup koncepta zaposlenja – radno angažovanje bar sat plaćenog ili neplaćenog posla, shodno statističkim parametrima, smatra se zaposlenošću.[23] Na izraženu disproporciju u domenu ekonomske aktivnosti prema broju nezaposlenih iskazuje i u odnosu na klasifikovanje dve grupe neaktivnih: penzionere i studente. Anketirani koji je u proceni statusa naveo da je nezaposlen, student, ucenik, penzioner ili doma cica, a ukoliko je u referentnoj nedelji imao bilo kakvu ekonomsku aktivnost, makar trajala sat vremena, bice svrstan u zaposlene.

U prilog statistici koja iskazuje smanjenje nezaposlenosti idu podaci o broju umrlih koji su prijavljeni tržištu rada. Zbog smrti je sa biroa rada/sa evidencije Nacionalne službe za zapošljavanje samo u 2013. izbrisano 735 ljudi, što je nešto više od jedan odsto od svih zvanično nezaposlenih u zemlji. Takođe, mora se uzeti u obzir podatak da je za samo jednu deceniju Srbiju napustilo oko 175.000 ljudi, najviše mladih i visokoobrazovanih u dobi od prosečno 29 godina[24] – taj podatak svakako smanjuje stopu nezaposlenosti, ali povećava armiju mladih koji su

[21] Iz Ankete o radnoj snazi, za IV kvartal 2017. godine, Saopštenje broj 45- LXVIII, 05.03.2018.

[22] S. Baraš, *Statistika i dostojanstven rad,* Kritička analiza političkog tumačenja statistike rada, Fondacija centar za demokratiju, Beograd, 2017, str. 1.

[23] Bilten, *Anketa o radnoj snazi 2016*, str. 8.

[24] Podatak objavio: *RTS* (vesti), februar 2016.

napustili zemlju.[25] Naglašavamo, nesporno je da podaci ukazuju na vrlo značajano smanjenje nezaposlenosti.

Međutim, statistički podaci o stopi nezaposlenosti prikazuju takozvanu formalnu nezaposlenost i ne vode dovoljno računa o kvalitetu zaposlenosti to jest sigurnosti radnih mesta u Srbiji. Zatim, dok je prema podacima stopa zaposlenosti porasla sa 50,7% u 2014. godini na 59,2% u 2017. godini, a stopa nezaposlenosti se smanjila u istom periodu sa 19,9% na 13,5%, stopa neformalne zaposlenosti ostala je takoreći nepromenjena (21,2% u 2014). Povećano je učešće nestandardnih oblika zaposlenosti, posebno privremeno zaposlenih radnika, što ukazuje da sa rastom ukupne zaposlenosti nije došlo do poboljšanja kvaliteta zaposlenost. Stopa neformalne zaposlenosti, rad "u sivoj zoni" na nivou svih delatnosti iznosi 19,8 procenata, pri čemu gotovo dve trećine neformalnog sektora čini zaposlenost u poljoprivrednim delatnostima.

Drugim rečima, u našoj zemlji postoji ogroman broj radnika sa takozvanim fleksibilnim ugovorima o zaposlenju. Istovremeno, vidljivo je da je većina tih poslova u kategoriji takozvanih "poslova niskog kvaliteta. Govorimo, dakle, o zapošljavanju na određeno vreme, o zapošljavanju na pola radnog vremena".[26] Podaci MOR-a pokazuju da je stopa podzaposlenosti u Srbiji u 2017. godini za populaciju od 15-64 iznosi ukupno 8,5 procenta. Kod muškaraca stopa podzaposlenosti je zastupljena oko 9,1 procenata, kod žena 7,9 procenata.[27] Ovi statistički podaci o stopi zaposlenosti – stopi nezaposlenosti ukazuju i potvrđuju da je "sloboda rada, više nego mnoge druge slobode ljudi, ograničena društveno-ekonomskom ogra-

[25] Prema izveštaju Svetskog ekonomskog foruma, Srbija se nalazi na 141. mestu po odlivu mozgova na rang listi od 144 zemlje. Iza nas su samo Burundi, Haiti i Alžir. Prema okvirnim procenama, u svetu se nalazi više od 5.000 doktora nauka iz Srbije, a isto toliko ima i mladih istraživača.

[26] Prema procenama Evropske centralne banke, stopa podzaposlenosti u EU iznosi gotovo dvostruko više od službene stope nezaposlenosti, 18 posto. Pored toga, još 3% radne populacije su trenutno nedovoljno zaposleni (tj. manje sati rada nego što bi želeli). Estimating labour market slack in the European Union, Published by: 18. July 2017.

Dostupno: https://www.eurofound.europa.eu/publications/executive-summary/2017/estimating-labour-market-slack-in-the-european-union (7.07.2018)

Ekonomski bilten 3/2017 Evropske centralne banke (ECB) objavljen 11. maja 2017. godine pokazao je da je nezaposlenost u EU mnogo ozbiljniji problem nego što je do sada otkrio Eurostat i nacionalni statistički instituti. U analizi ECB, u Evropi nema jedinstvenog oblika nezaposlenosti.

[27] Podaci dostupni na sajtu Međunarodne organizacije rada: http://www.ilo.org/ilostat/ (17.07.2018)

ničenošću slobode izbora ili prihvatanja bilo rada (zaposlenja), bilo privatne samostalne delatnosti.[28]

Pokazatelji visoke stope nezaposlenosti umanjuju domašaj prava na rad i ostvarivanje osnovnog postulata slobode rada koji se manifestuje u tome da niko protivno svojoj volji nije dužan da radi, da se uposli kod drugoga, i u slobodi da se obavlja bilo koji pravno dopušten rad. Nažalost, veliki broj radnika "pristaje" da radi "na crno". Istraživanje Unije poslodavaca pokazalo je da je svaki četvri anketirani uključen u neki vid neformalnog rada, dok se od onih, koji su formalno zaposleni, svaki deseti, takođe angažuje i u zakonski "nepokrivenom" sektoru. U masovnoj nezaposlenosti leži odgovor zašto u Srbiji "cveta neformalna zaposlenost".[29]

Nezaposlenost, naročito u dužem vremenskom periodu pomera parametre o "pristojnosti rada" svodeći "pristojan – dostojanstven rad" na "ma kakav rad" sa "prihvatljivim uslovima" što svakako dovodi do flagrantnog unižavanja praga ljudskih prava. Prema podacima Uprave za bezbednost i zdravlje na radu, u proseku u Srbiji godišnje smrtno strada oko 40 zaposlenih, više od 1.000 radnika doživi tešku, a preko 20.000 lakšu povredu na radu. Podaci Inspektorata za rad u 2017. godini pokazuju da je inspekcija izvršila 53.424 inspekcijskih nadzora, 22.411 lica je radilo na crno, što je za 2.939 više nego u 2016. godini. To je procentualno 15 odsto više u odnosu na 2016. godinu a 37 odsto više nego što je bilo u 2015. godini.

Drugim rečima, svaki treći radnik u Srbiji radi "na crno". Inspekcija rada je zbog utvrđenih nepravilnosti tokom prošle godine kaznila poslodavce u zemlji sa više od 231 milion dinara.[30] Siva ekonomija u Srbiji čini nešto manje od 30 odsto BDP-a države, a dnevno zbog "sive zone" naša zemlja gubi osam miliona evra. Nizak nivo socijalnih davanja, male plate i penzije dovode do toga da je za većinu nezaposlenih i do tada neaktivnih (sve više i penzionera) jedina strategija preživljavanja rad u neformalnoj ekonomiji. Veliki udeo samozaposlenih bez radnika

[28] N. Tintić, Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969, str. 62.

[29] Izvor: Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije,www.socijalnoekonomskisavet.rs/ *(16.07.2018)*

Dostupno: www.socijalnoekonomskisavet.gov.rs/ (8. 07. 2018.)

[30] Iz nacionalne kampanje Ministarstva za rad, zapošljavanje boračka i socijalna pitanja za 2018: "Reci ne radu na crno". Dostupno: https://www.minrzs.gov.rs/aktuelno/drzava-i-gradjani-srbije-zajedno-u-kampanji-reci-ne-radu-na-crno.html (2.07.2018)

(41%) i pomažućih članova domaćinstva (36%) u neformalnom sektoru upućuje na veliki udeo niskoproduktivnog i radno intenzivnog poljoprivrednog sektora i slab rast poslova u formalnoj ekonomiji, što potvrđuju i podaci o sektorskoj zaposlenosti i zaposlenosti po zanimanjima.[31] Stopa neforamalne zaposlenosti šrema Anketi o radnoj snazi za prvi kvartal 2018. godine iznosi ukupno 20,7 posto; muškarci 19, 6 posto; žene - 22.2 posto.

Sa aspekta socijalnog osiguranja, prema evidenciji u Nacionalnoj službi za zapošljavanje, 2017. godine 74,4% nezaposlenih registrovani su u NSZ i ne primaju nadoknadu; 23,8 nezaposlenih nisu registrovani; 1,9% su registovani i primaju nadoknadu. Iako je osmočasovno radno vreme jedno od fundamentalnih radničkih prava (radnici su izborili početkom dvadesetog veka), podaci Zavoda za statistiku pokazuju poremećaj u plaćanju prekovremenog rada. Struktura zaposlenih radnika prema plaćenim i neplaćenim prekovremenim satima rada, 2017. godine, pokazuje da 57,5% čine zaposleni radnici sa isključivo plaćenim prekovremenim sa tima, 41,4% su zaposleni radnici sa isključivo neplaćenim prekovremenim satima a 1,1% su zasposleni radnici sa plaćenim i neplaćenim prekovremenim satima.

Zvanična statistika u oblasti rada daje pokazatelje razvoja privrede i osnova je za kreiranje ekonomskih i socijalnih politika i programa koji bi trebalo da doprinesu unapređenju kako ekonomskih, tako i socijalnih prava građana. U nacionalnim politikama i programima koji se odnose na oblast zapošljavanja (Strategija zapošljavanja u RS 2011–2020, godišnji akcioni planovi zapošljavanja, Program reformi politike zapošljavanja i socijalne politike u procesu pristupanja EU) primetna je usmerenost, kako u analizama, tako i u planiranim merama, na isključivo dva indikatora tržišta rada: stopu zaposlenosti i stopu nezaposlenosti, pri čemu se povećanje prve i smanjenje druge smatra isključivim pokazateljem uspešnosti na tržištu rada bez sagledavanja navedenih pokazatelja iz ugla mogućnosti za ostvarenje dostojanstvenog rada i bez uspostavljanja mehanizama za zaštitu ekonomskih i socijalnih prava zaposlenih.[32]

Kako ističe S. Bradaš, U milenijum proklamovanja ljudskih prava, moramo da naglasimo da su pojedini aspekti dostojanstvenog rada u Srbiji i u svetu nedostižni, upravo zbog rodne nejednakosti i diskriminacije prevashodno žena i tradi-

[31] C. Bradaš, Statistika i dostojanstven rad, nav. delo, 4.

[32] S. Bradaš, nav. delo, str. 1.

cionalno vulnerabilne populacije – mladi, osobe sa invaliditetom, romska populacija, osobe 50+ i dr.

Pored stremljenja pristojnog rada niz parametara koji indukuju jedno zaposlenje u dostojanstven rad ukazuju na nejednake šanse i mogućnosti na radu i povodom rada, naročito u aspektu odnosa muškarac – žena, zarade i benefita iz samog zaposlenja. Sa aspekta jednaka zarada za rad jednake vrste, prema projekcijama i podacima Euroaktiva izražena je bojazan da će "evropljanke do kraja godine raditi besplatno.[33] Osnovni indikatori tržišta rada u Srbiji petnaest godina unazad upućuju na značajno niži nivo partcipacije žena na tržištu rada, što za posledicu ima nemogućnost postizanja ekonomske nezavisnosti koja je prioritetna oblasti u nizu međunarodnih dokumenata koji se odnose na postizanje rodne ravnopravnosti.

Uprkos tome, iz politika zapošljavanja u Srbiji potpuno je izostavljena rodna perspektiva kako u analizi stanja na tržištu rada koja je rodno neutralna, tako i u merama kojima bi stanje trebalo unaprediti i koje predstavljaju mogućnost kreiranju politika koje će uticati na sistemske i strukturne uzroke rodne neravnopravnosti na tržištu rada Srbije. Posebno zabrinjava da uprkos izuzetno visokoj stopi neaktivnosti, neaktivne žene i žene koje nisu u evidenciji službe za zapošljavanje nisu prepoznate kao ciljna grupa, a samim tim nisu im dostupne usluge koje bi im omogućile uključivanje na tržište rada.

Ne manje važno, u politikama zapošljavanja nije formulisan niti jedan cilj ili mera koji se odnosi na usklađenost poslovnog i privatnog života što je neophodan uslov za participaciju žena na tržištu rada. U skladu sa navedenim neophodno je pre svega doneti Zakon o rodnoj ravnopravnosti, potom, obezbediti funkcionisanje već uspostavljenih relevantnih institucionalnih mehanizama za sprovođenje rodne ravnopravnosti i unaprediti kapacitete za otklanjanje uzroka rodne neravnopravnosti na tržištu rada. Politika i programi zapošljavanja moraju biti tesno povezani sa potrebama zapošljavanja (naročito koordinirani preko javnih službi za zapošljavanje), da su kompatibilni stupnju ekonomskog, socijalnog i kulturnog razvoja, i moraju korespondirati sa društveno-ekonomskim ciljevima, kao i sa potrebama razvoja ljudskih resursa. To je neophodno ne samo usled mnogobrojnih

[33] Objavljeno 07.11.2017. Dostupno: http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/rs/evropljanke-ce-do-kraja-godine-raditi-besplatno/ (8.07.2018)

dimenzija rada, već zato što je zapošljavanje pod uticajem širokog opsega makro i mikro privrednih politika.[34]

Prema Indeksu rodne ravnopravnosti, [35] Srbija je ostvarila rezultat od 40.6 poena od 100, dok je prosek u EU 52,9 poena. Sa aspekta unapređenja i politike zapošljavanja otvoren problem je činjenica da zvanična statistika u Srbiji ne sprovodi istraživanje o popunjenim i slobodnim radnim mestima, kao što to rade sve zemlje EU, iako je to predviđeno novim Programom zvanične statistike.[36] Stopa slobodnih radnih mesta je ključni indikator za analizu usklađenosti ponude i tražnje na tržištu rada, kreiranje politika zapošljavanja ali i za strukturne ekonomske analize. Uporedimo li podatke o zapošljavanju u 2016. i podatke o oglašenim radnim mestima na stranici Infostuda videćemo da informacije o većini slobodnih radnih mesta nisu dostupne nezaposlenima. Svega 15% radnih mesta je oglašeno što je u skladu sa nalazima istraživanja o načinu na koji poslodavci popunjavaju radna mesta – većina koristeći preporuke.[37]

Zvanična statistika ih ne prikuplja iako je to jedan od ključnih pokazatelja usklađenosti ponude i tražnje na tržištu rada i osnova za kreiranje politika zapošljavanja. To dovodi do stanja nevidljive podzaposlenosti. Ovaj vid podzaposlenosti, kako je definiše MOR, odnosi se na neusklađenost znanja i veština zaposlenog sa zahtevanim znanjima i veštinama i to tako što zaposleni ima veće kvalifikacije od zahtevanih. Sa aspekta odnosa ljudskog kapitala i veština, konstatovano je da stanje u Srbiji ne odgovara društvenim i ekonomskim potrebama. Nedostatak kvalifikacija i ključnih kompetencija ograničava zapošljivost na poslove koji nisu zahtevni u pogledu veština *(low skills jobs)* i koji su nisko profitabilni.[38] Svakako da je koncept i ideja pristojan rad, rad za život dostojan čoveka" – više od paradigme. To nije samo nova transparentna parola radničke klase u savremenim globalnim tokovima.

---

[34] Dh.Ghai, *Decent work: Universality and diversity*, nav. delo, str. 10 - 12.

[35] Podaci Evropskog instituta za rodnu ravnopravnost (European Institute for Gender Equality (EIGE)). Podaci dostupni: http://eige.europa.eu/ (3.7.2018)

[36] Odluka o programu zvanične statistike u periodu od 2016. do 2020. godine, Sl. glasnik RS", br. 55/2015

[37] S. Baraš, Statistika i dostojanstven rad, nav. delo, str. 17 i 18.

[38] Program reformi politike zapošljavanja i socijalne poltiike u procesu pridruživanja Evropskoj uniji, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2016, str. 27. O tome sa kritičkog aspekta videti više: S. Baraš, *Statistika i dostojanstven rad*, nav. delo, str. 20 i dalje.

Naprotiv, dostojanstven rad, dostojanstven život promoviše "novu eru socijalne pravde" u odnosima rada i kapitala. Time se ističe da univerzalne sloboda i prava čoveka na radu nemaju supstitute ni u savremenim trendovima.

SLOBODANKA KOVAČEVIĆ-PERIĆ, Rh.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Priština, Kosovska Mitrovica

THE DECENT WORK PERSPECTIVE IN REPUBLIC SERBIA FROM THE EMPLOYMENT ASPECT

Summary

The initial concept of the International Labour Organisation – enhancement of possibility to get the decent and productive work for males and females, in conditions of liberty, equality, safety and human dignity – has evolved into its primary global goal. The demand for social dimension in the global economy contributes to the expansiveness of the decent work concept, what is a general need of a working individual today. The foundation of every socially responsible state is to respect the right to decent work. The policies and employment programs must be closely linked to the employment needa (especially coordinated through public employment services). Each country sholuld emphasize its own employment policy that will fit the specifics of the social and economical, political, cultural milieu and the peculiarities of its employment problems. The author is limited to one component of dignified labour-employment and quality of employment due to the need of workload. The paper analyzes statistical data on the labor market for the period of 2016–2017 and the first quarter of 2018. Official statistical data are directed at the employment rate-the unemployment rate. The author points to the necessity of statictical indicators that induce and point the quality of employment from the aspect of decent work in the Republic of Serbia and of its perspective.

RADOJE BRKOVIĆ

KONCEPT PRIVREMENOG AGENCIJSKOG ZAPOŠLJAVANJA

U V O D

Globalna ekonomska dešavanja nužno uslovljavaju i promene na polju radnopravnih odnosa. Naime, razvoj i unapređenje tehnološkog aspekta procesa rada, nove metode rada, ali i sve češće ekonomske krize dovode do povećanja nezaposlenosti uopšte, ali prevashodno u slabije razvijenim zemljama čije su nacionalne ekonomije posebno osetljive na spoljne uticaje. Razlozi za to su različiti, primena novih tehnologija i smanjenje potrebe za radnicima, bolja konkuretntnost radne snage u drugim područjima i preseljenje proizvodnje, potreba za novim specifičnim profilima radnika, priroda delatnosti poslodavca, obimna radna regulativa, ali i generalno manja ponuda radnih mesta.

U takvim uslovima rada, kada klasični radni odnos nije dovoljan i predstavlja jednu otežavajuću pravnu formu koja nije adekvatna za zadovoljenje potreba rada kod poslodavca, često odbija poslodavca da angažuju novog radnika.

Dr Radoje Brković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad se objavljuje u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu "XXI vek - vek usluga i Uslužnog prava", br. 179012 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Sve češće se javljaju atipični ili novi oblici rada, koji istina, nisu produkt novog doba ali sve više dobijaju na značaju imajući u vidu da se kroz ovakav rad upošljava sve više radne snage i smanjuje opšta nezaposlenost.

Opšta tendencija je da se ide ka fleksibilizaciji rada ili tržišta rada u mnogim nacionalnim državama a sama fleksibilizacija predstavlja radnopravnu deregulaciju, odnosno smanjenje zaštitnih elemenata radnopravnog sistema čime bi se tržište rada oslobodilo mera institucionalnog karaktera koje su prvobitno kreirane da zaštite radnike, a sada se smatraju preprekama daljem ekonomskom rastu.[1]

Nezaposlenost, tačnije zapošljavanje bilo je predmet interesovanja Međunarodne organizacije rada (u daljem tekstu MOR) još od početka njenog rada, pa se tako posebna pažnja posvećuje stvaranju mogućnosti da se u svakoj državi članici obezbedi puna zaposlenost.[2]

U tom smislu, donet je značajan broj pravnih instrumenata, konvencija i preporuka koje uređuju pojedina pitanja, poput Konvencije br. 2. o nezaposlenosti[3] iz 1919. godine i preporuke br. 1 uz ovu konvenciju. Konvencija predviđa osnivanje biroa kao javnih službi pod kontrolom države koje pored ostalog besplatno posreduju u cilju zaposlenja. Preporukom se preporučuje zabrana osnivanja službi, biroa ili preduzeća koja naplaćuju svoje usluge.

Zatim, od značaja je Konvencija broj 34 o biroima za zapošljavanje koji naplaćuju usluge[4] iz 1933. godine. Ovom konvencijom predviđeno je postepeno ukidanje ovakvih biroa, međutim veoma mali broj država je ratifikovalo konvenciju, pa je tako stvarni efekat konvencije ostao skroman.

Konvencija broj 88 o organizaciji službe za posredovanje rada[5] iz 1948. godine kojom se predviđa obaveza za države potpisnice da se brinu organizovanju i održavanju Nacionalne službe za zapošljavanje kao službe koja neće naplaćivati svoje usluge pri posredovanju u zapošljavanju, kao i obaveza nacionalne službe

---

[1] B. Urdarević, Fleksibilnost tržišta rada i zapošljavanja preko agencija u Evropskoj uniji, *Zbornik radova HHI vek – vek usluga i uslužnog prava*, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2011., str. 466.

[2] R. Pešić, *Međunarodna organizacija rada (International Labour Organization),* Novi Sad, 1969, stp. 88.

[3] B. Buklijaš, A. Bilić, *Međunarodno radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2006, str. 256.

[4] Izvor: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C034, pristupljeno 20.08.2018.god.

[5] B. Buklijaš, A. Bilić, isto, str. 298.

da sarađuje sa drugim javnim i privatnim ustanovama u cilju što boljih mogućnosti posredovanja i Preporuka br. 83 o organizaciji službe za zapošljavanje koja dopunjuje konvenciju.

Potom, Konvencija broj 96 o biroima (službama) za zapošljavanje uz naknadu[6] iz 1949. koja je doneta ponajviše zbog toga što Konvencija broj 34 nije postigla očekivane ciljeve. Konvencija broj 96 nastala je kao rezultat kompromisa i uvažavanja činjenice da je pitanje zabrane službi koje naplaćuju svoje usluge kompleksnije nego što se čini na prvi mah.

Od najvećeg značaja delatnost privremenog agencijskog zapošljavanja, koje je i predmet analize u radu je Konvencija broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje[7] iz 1997. godine. Ona daje pravni okvir za poslovanje privatnih agencija za zapošljavanje, kao i zaštitu radnicima koji koriste njihove usluge.[8]

Od regionalnih međunarodnih pravnih instrumenata od značaja je Direktiva Evropsle unije 2008/104/EZ[9]. Ovom Direktivom uspostavljen je pravni okvir za funkcionisanje privremenog agencijskog zapošljavanja na nivou Evropske unije, agencije za privremeno zapošljavanje tretiraju se kao poslodavci ali istovremeno garantuje se jednako postupanje ustupljljenih radnika i radnika koji su zaposleni kod korisnika privremenog rada. To je ujedno i suština ove direktive, da se obezbedi jednak tretman agencijskih radnika sa ostalim stalno angažovanim radnicima.

Nacionalna zakonodavstva uređuju ovu oblast kroz radno zakonodavstvo ili pak donošenjem posebnih propisa koji uređuju ove oblike rada.

U radu se bavimo konceptom agencijskog zapošljavanja, odnosno ustupanjem zaposlenih kao jednoj od delatnosti kojim se bave privatne agencije i da istovremeno damo odgovore na najznačajnija pitanja u ovoj oblasti, kroz analizu relevantnih međunarodnih ali i postojećih domaćih propisa, ukažemo na prednosti i nedostatke privremenog agencijskog zapošnjavanja, uz odgovarajuće predloge rešenja za pojedine probleme.

---

[6] Izvor: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C096, pristupljeno 20.08.2018.god.

[7] Izvor: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C181, pristupljeno 20.08.2018.god.

[8] R. Brković, Privatne agencije za zapošljavanje – međunarodni, komunitarni i nacionalni pravni okviri, *Teme*, broj 4/2015, str. 1379-1397.

[9] Službeni list Evropske unije L327/9.

FLEKSIBILIZACIJA RADA I POSLEDICE

Kao što smo ranije već istakli, fleksibilizacija znači svojevrsnu radnopravnu deregulaciju i smanje zaštite radnika, zarad određenih ekonomskih dobrobiti. Kao jedna od posledica fleksibilizacije je i porast broja privatnih agencija za zapošljavanje koje se bave i ustupanjem radnika. Na ovaj način lakše je angažovati veći broj radnika za određene poslove i na određeno vreme, preduzeća koja imaju potrebu za radnicima povezuju se sa preduzećima (agencijama) koje upravljaju ljudskim resursima, u tržište rada integrišu se teže zaposlive kategorije radnika, ali sa druge strane javlja se nesigurnost u pravnom položaju radnika. Zaštita koju takvi radnici uživaju često nije uređena tredicionalnim radnim zakonodavstvom već posebnim propisima (ukoliko oni postoje).

Praktično, radnici koji su angažovani na ovaj način često imaju problema sa ostvarivanjem osnovnih prava radnika poput prava na odgovarajuće radno vreme, jednaku zaradu u odnosu na radnike koji su angažovani klasičnim ugovorom o radu, manjkom socijalnog osiguranja i dr.[10] Ovakav oblik rada sadrži rizik nedopuštenog iskorišćavanja radne snage.

S tim u vezi, ustupanje radnika se sve više može naći pod imenom "lizing radne snage" (iako ne smatramo ovaj termin prikladnim jer je predmet lizinga obično stvar) što upućuje na zaključak da se u ovakvom obliku rada, ljudski rad sve više posmatra kao roba.

Specifičnost privremenog agencijsko zapošljavanja, kao jedne vrste atipičnog ili novog oblika rada koja odudara od karakteristika klasičnog radnog odnosa[11], priostiče iz prirode datog odnosa, odnosno radnik koji ima zaključen ugovor sa agencijom za privremeno zapošljavanje obavlja rad kod drugoga, kojem je agencija ustupila radnika. Uslovno rečeno, na strani poslodavca stoje dva subjekta i to jedan sa kojim je radnik u pravnoj vezi i drugi sa kojim je radnik u faktičkoj vezi jer kod njega obavlja određeni rad.[12]

---

[10] Videti šire: Oladeinde, O., *Global Capitalism and the Rise of Non/standard Employment,* in: The Global Labour Market: From Globalisation to Flexicurity, eds. Blanpain R., Kluwer Law International, 2008. str. 54 i dalje.

[11] S. Jašarević, Fleksibilizacija rada - rešenje ili zabluda, Zbornik radova Pravnog Fakulteta u Novom Sadu, broj 4/2012, str. 175.

[12] D. Božičić, Ustupanje zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje – (ne)postojeći pravni okvir u Republici Srbiji i pravna rešenja u međunarodnom i komunitarnom pravu, *Radno i socijalno pravo,* broj 1/2016, str. 276.

Ustupanje radnika kao jedan poseban oblik rada je aktuelno, možemo reći, tek poslednjih par decenija, a rad organizacija (privatnih agencija) koje se bave zapošljavanjem zabranjivan (Konvencija broj 34 o agencijama za zapošljavanje koje naplaćuju svoje usluge). Tek donošenjem konvencije broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje, korigovan je postojeći stav MOR-a. Razlog za ovakvo stanje, između ostalog, je to što je rezultat rada ovakvih agencija često u praksi bio negacija stavova i načela koje je MOR-a zastupala u svom radu, odraz zaštitne funkcije prema radnicima kao slabijoj strani u odnosu radnik – poslodavac.

Međutim, s druge strane uvažena je činjenica da su atipični (novi) oblici rada sve češće prisutni. Pokušaj da se unese red i pravna sigurnost u ovu oblast rada rezultiralo je donošenjem pomenute Konvencije broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje, kojom je rad ovakvih organizacija, preduzeća ili agencija donekle urećen, ali je njen domašaj ostao skroman imajući u vidu mali broj ratifikacija.[13]

Srbija je ratifikovala Konvenciju broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje, međutim i dalje nije uspostavljena odgovarajuća pravna regulativa u ovoj oblasti.

MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIRI PRIVREMENOG AGENCIJSKOG ZAPOŠLJAVANJA

Kao najvažniji pravni instrument na globalnom nivou ističemo Konvenciju MOR-a broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje. Iako javne (nacionalne) službe za zapošljavanje imaju značajnu ulogu u zapošljavanju, te poslove obavljaju i privatne agencije čiji udeo u tržištu rada nije zanemarljiv. Naročito udeo agencija za privremeno zapošljavanje, što je uostalom bio razlog donošenja Konvencije broj 181.

Konvencija već u prvim članovima definiše ključne pojmove:

Privatna agencija za zapošljavanje označava svako fizičko ili pravno lice, nezavisno od javne vlasti, koje pruža jednu ili više od sledećih usluga na tržištu rada:

[13] Prema podacima Međunarodne organizacije rada, broj ratifikacija do današnjeg dana je 33. Videti: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312326, pristupljeno 20.08.2018. god.

– prvu grupu usluga čine usluge obezbeđivanja međusobno odgovarajućih ponuda radnih mesta i zahteva za zapošljavanje, pri čemu privatna agencija za zapošljavanje ne postaje strana u radnom odnosu koji iz toga može da proistekne;

– drugu grupu usluga čine usluge koje se sastoje iz zapošljavanja radnika s ciljem da se stavljaju na raspolaganje trećoj strani, koja može biti fizičko ili pravno lice (u daljem tekstu: korisničko preduzeće), koje im dodeljuje zadatke i vrši nadzor nad izvršenjem tih zadataka;

– treću grupu usluga čine usluge u vezi sa traženjem posla koje je utvrdio nadležni organ nakon održanih dogovora (konsultacija) sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika, kao što su pružanje informacija, čija namera nije da se pronađu međusobno odgovarajuće ponude radnih mesta i zahteva za zapošljavanje.[14]

Izraz radnici se odnosi na lica koja traže zaposlenje.[15]

Konvencija sadrži i odredbe koje se odnose na polje delovanja i način njene primene, zaštitu tražioca posla, obradu ličnih podataka, zaštitu lica zaposlenih kod agencije, ograničenja agencija, saradnju između javne službe za zapošljavanje i privatne službe za zapošljavanje.

U okviru dela koji se odnosi na zaštitu radnika predviđa se da članica MOR-a, u skladu sa domaćim propisima i praksom, preduzima neophodne mere da obezbedi odgovarajuću zaštitu za radnike koje zapošljavaju privatne agencije za zapošljavanje u vezi sa: slobodom udruživanja; kolektivnim pregovaranjem; minimalnom zaradom; radnim vremenom i drugim uslovima rada; zakonskim davanjima za socijalnu zaštitu; pristupom osposobljavanju; bezbednošću i zdravljem na radu; nadoknadom u slučaju povreda na radu i profesionalnih bolesti; nadoknadom u slučaju stečaja i zaštite potraživanja radnika i materinskom zaštitom i davanjima i roditeljskom zaštitom i davanjima.[16]

Konvencijom se pitanje zaštite radnika, odnosno njihovih prava obuhvata kroz samo dva člana i to na takav način da se konkretna zaštita ostavlja samim državama članicama da to pitanje reše u skladu sa sopstvenom regulativom. Faktičko je pitanje koliko je zaštita radnika na ovaj način postignuta.

[14] Član 1. stav 1. Konvencije.

[15] Član 1. stav 2. Konvencije.

[16] Član 11. Konvencije.

S druge strane, znatno veći broj članova konvencije odnosi se na omogućavanje poslovanja privatnih agencija i njihovog pravnog statusa.

Da se primetiti da se pitanja poput minimuma prava za radnike ili pitanje jednakog tretmana agencijski angažovanih radnika i radnika u stalnom radnom odnosu, kao i pitanje raspodele odgovornosti među sva tri subjekta kod ustupanja radnika, nisu regulisana, tako da privremeno agencijsko zapošljavanje i dalje ostaje nedovoljno regulisano imajući u vidu specifičnosti koje ono ima. [17]

Iako je pokušaj regulacije ovog atipičnog ili novog oblika rada kroz Konvenciju trebalo da obezbedi široku primenu standarda sadržanih u njoj, u stvarnosti je mali broj (imajući u vidu broj članica MOR-a) država ratifikovao ovu konvenciju, pa je njen domašaj ostao možemo reći skroman.

Međutim, to svakako ne isključuje mogućnost da se usled novih globalnih promena u sferi rada donese i neki novi pravni akt koji bi na osnovama pomenute konvencije potpunije i delotvornije regulisao kako rad privatnih agencija za zapošljavanje, tako i bolju zaštitu radnika imajući u vidu sve do sad pomenute njene nedostatke.

U kontekstu globalnog problema zapošljavanja, pomenućemo i Pakt o globalnom zapošljavanju donet od strane MOR-a 2009.godine, kojem je prethodila svetska ekonomska kriza prouzrokovana u znatnoj meri američkom finansijskom krizom (2007–2008) i američkom hipotekarnom krizom (2007-2009). Prema tački 3 Pakta o zapošljavanju, svet mora učiniti mnogo više na: zapošljavanju, garantovanju prava, zaštiti ranjivih grupa, jednakom tretmanu žena i muškaraca i dr. Najopštije, nacionalni i međunarodni instrumenti treba da budu usmereni na ublažavanje efekata nepravedne globalizacije. [18]

Od regionalnih, komunitarnih pravnih akata poseban značaj ima Direktiva Evropske unije broj 2008/104/EZ o radu preko agencije za privremeno zapošljavanje[19], usvojena 2008. godine.

Naime, usvajanju navedene Direktive prethodilo je nekoliko neuspelih pokušaja počev od 1980.godine. Različita zakonodavna rešenja država članica Evropske unije, nesaglasnost socijalnih partnera oko stepena zaštite radnika an-

[17] B. Urdarević, Uticaj globalizacije na međunarodnr radnopravne standarde, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, str. 321., D. Božičić, isto, str. 271.

[18] R. Brković, isto, str. 1387.

[19] Izvor: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX:32008L0104, pristupljeno 20.08.2018. god.

gažovanih putem agencija za privremeno zapošljavanje, ali i bojazan pojedinih država da bi usvajanjem ove direktive njihova tržišta rada bila otvorena za priliv agencijski angažovanih radnika, dok bi u tom slučaju domaći radnici ostali nezaštićeni pod uticajem takve konkurencije, predstavljale su poteškoće prilikom usvajanja ali i kasnije kod primene navedene direktive. Možemo reći da je "socijalni damping" bio jedan od ključnih problema prilikom usvajanja direktive.[20]

Značaj ove Direktive leži u principu jednakog tretmana ili princip jednakog postupanja, koji je osim u članu 5 sadržan u gotovo celom njenom tekstu.

Radni uslovi privremenih radnika angažovanih preko agencija moraju biti najmanje jednaki uslovima koji bi za te radnike važili da ih je na isto radno mesto zaposlilo preduzeće korisnik.

Takođe, Direktivom se garantuje i jednako postupanje prema muškarcima i ženama i zabrana diskriminacije na osnovu pola, rase ili etničkog porekla, religije, verovanja, invalidnosti, starosti ili polne orijentacije.[21] Direktivom se definiše pojam "radni uslovi", pa se tako pod istim smatraju oni uslovi rada koji su utvrđeni odredbama zakona, podzakonskih akata, kolektivnih ugovora i odredbama drugih opštih akata koji se primenjuju kod preduzeća koje je korisnik usluga agencija, a koji se odnose na radno vreme, prekovremeni rad, odmore, noćni rad, odsustva sa rada, praznike i zaradu.[22]

Međutim, pojedina pitanja poput otkaza ili zaštite iz socijalnog osiguranja su ovom prilikom izostavljena. Takođe, Dirktivom je ostavljena mogućnost da države mogu uz konsultaciju sa socijalnim partnerima isključiti princip jednakog tretmana u pogledu zarade, u odnosu na lica koja su trajno angažovana kod agencije za privremeno zapošljavanje. Dolazimo praktično u situaciju da se pravi razlika prema privremenim radnicima prema kriterijumu da li su trajno ili privremeno angažovani kod agencije koja ustupa radnike.

U članu 6 Direktive izražen je takođe princip jednakog tretmana prema kojem privremeni radnici moraju biti obavešteni o slobodnim radnim mestima kod preduzeća korisnika usluga agencije, čime im se daje ista prilika za radni odnos

[20] Socijalni damping označava praksu iskorišćavanja nižih troškova rada u nekim zemljama zbog nižih doprinosa za socijalno osiguranje i drugih doprinosa. Na taj način "odvlači" se posao iz drugih zemalja i stvara nepravedna tržišna konkurencija.

[21] R. Brković, Rad preko agencija za privremeno zapošljavanje, *HHI vek – vek usluga i Uslužnog prava,* Pravni fakultet u Kragujevcu, 2017., str. 117.

[22] Član 3 stav 1 tačka f Direktive.

na neodređeno vreme kao i ostalim radnicima. Direktivom se propisuje i zabrana naplaćivanja bilo kakve naknade od strane agencije licima koja su ustupljena.

Ključna karakteristika Direktive je, kako smo naveli, princip jednakog tretmana, ali uz dosta mogućih izuzetaka ostavljenih kao zaštitna mera nacionalnih tržišta rada. Izvodi se logičan zaključak da je ovo bio rezultat kompromisa bez kojeg Direktiva ne bi mogla biti ni usvojena. I pored navedenog, većina država članica danas privremenim radnicima priznaje ista osnovna prava kao i ostalim radnicima, nezavisno od vida radnog angažovanja.[23]

KONCEPT PRIVREMENOG AGENCIJSKOG ZAPOŠLJAVANJA U SRBIJI

U Srbiji privremeno agencijsko zapošljavanje je takođe prisutno, prema podacima iz prethodnih godina[24] broj radnika angažovanih na ovaj način je između 60–80.000. Neke procene su da u ovom trenutku čak i do 100.000 radnika radi putem ovog oblika rada.

Međutim, i pored velike potrebe da se ova oblast rada stavi u pravne okvire i činjenice da je Srbija ratifikovala Konvenciju MOR-a broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje, još ne postoji pravna regulativa kojom bi se obezbedila primena minimuma standarda sadržanih u navedenoj Konvenciji.

Naime, trenutnim Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti[25] regulisano je osnivanje privatnih agencija za zapošljavanje, pri čemu je propisano ko može biti osnivač, kojim poslovima se mogu baviti agencije, dobijanje dozvole za rad, njeno važenje i oduzimanje, kao i polaganje ispita za rad u poslovima zapošljavanja i saradnja Nacionalne službe za zapošljavanje i privatne agencije za zapošljavanje. Dakle pravni aspekt osnivanja i funkcionisanja ovih agencija.

[23] B. Urdarević, Fleksibilnost tržišta rada i zapošljavanja preko agencija u Evropskoj uniji, isto, str.475.

[24] Vodič: Radnici na lizing - Prava radnika privremeno angažovanih preko agencija za zapošljavanje, Beograd 2016 str. 13.

[25] Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, "Sl. glasnik RS", br. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 i 113/2017 - dr. zakon.

Kako Zakon o radu[26] ne poznaje kategoriju privremenog agencijskog zapošljavanja odnosno ustupanja radnika, već samo ugovorni odnos to u ovom trenutku pravna regulativa kojom bi se suštinski uredio pravni odnos između radnika i agencije ne postoji.

Očekivanja su bila da će se izmenama i dopunama Zakona o radu iz 2014. godine obuhvatiti i ova oblast, međutim do toga ipak nije došlo.

Prema uporednom pravu zemalja regiona, neke su zakonom o radu regulisale privremeno agencijsko zapošljavanje (Hrvatska, Crna Gora), međutim neke od njih donele su poseban propis kojim uređuju ovu oblast (Makedonija). Prema trenutnom stanju stvari, Srbija se opredelila za donošenje posebnog Zakona o radu preko agencija za privremeno zapošljavanje, kojim bi se precizno regulisana sadržina ugovora o privremenom agencijskom zapošljavanju, dozvoljeni oblici rada, organizovanje broja obavljanja takvog rada, maksimalno trajanje privremenog rada zaposlenog kod agencije i gde bi se radnici izjednačili sa zaposlenima kod poslodavca korisnika agencijskog rada u pogledu osnovnih uslova rada (radno vreme, zarada, odmor, i dr.).

Formirana je radna grupa koja radi na nacrtu predmetnog zakona, sastavljena od predstavnika Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, predstavnika sindikata i predstavnika agencija za zapošljavanje.

Prema sadašnjoj praksi u Srbiji radnici zapošljavaju sve više preko agencija za privremeno zapošljavanje, bez preciziranja koja su njihova prava niti obaveze agencije preko koje obavljaju rad, što predstavlja veliki rizik za razne zloupotrebe. Nije retkost ni da se radnici u javnom sektoru zapošljavaju na ovaj način, što je dobrim delom posledica zabrane zapošljavanja u javnom sektoru je na snazi već nekoliko godina unazad. Ova zabrana uvedena je kao mera štednje koju zahteva Međunarodni monetarni fond radi smanjivanja budžetskog deficita, ali očekivanja su da će se nakon isteka zabrane zapošljavanja situacija po ovom pitanju normalizovati.

U Srbiji trenutno radi 115 registrovanih privatnih agencija za zapošljavanje[27] sa tendencijom povećanja kako njihovog broja, tako i broja radno angažovanih preko ovih agencija, što govori o tome da je neophodno u skorije vreme doneti zakon o kojem je već napred bilo reči.

---

[26] Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

[27] Izvor: http://www.nsz.gov.rs/, pristupljeno 20.08.2018. god.

ZAKLJUČAK

Privremeno agencijsko zapošljavanje u savremenim uslovima globalizacije postaje nezaobilazni i sve češći atipični (novi) oblik rada. Agencije koje pružaju usluge na polju zapošljavanja opstale su, a njihov pravni status i delovanje uređeno je kroz nekoliko pravnih instrumenata. Konvencijom MOR-a broj 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje, a na komunitarnom nivou Direktivom Evropske unije broj 2008/104/EZ o radu preko agencije za privremeno zapošljavanje, čiji je najnačajniji doprinos u promovisanju principa jednakog tretmana agencijskih radnika u odnosu na stalno zaposlene radnike kod preduzeća korisnika agencijskih radnika.

Međutim, i pored ova dva značajna pravna akta, zaštita radnika angažovanih preko agencija i dalje ostaje nedovoljno ostvarena jer se više pažnje posvećuje pravnom okviru delovanja agencija za privremeno zapošljavanje nego suštini i sadržini pravnog odnosa na relaciji radnik – agencija.

Navedeni propusti u stvarnosti često služe za zloupotrebe od strane agencije poslodavca, a neretko se ovakvim oblikom rada prikriva i trajni radni odnos, na štetu radnika. Pri tome, položaj ovako angažovanog radnika je vrlo nepovoljan, kako u odnosu na zaradu, tako i u odnosu na druga osnovna prava radnika. U tom smislu, buduća normativna delatnost kako MOR-a tako i Evropske unije treba da bude orijentisana ka pravnim instrumentima koji će urediti suštinu pravnog odnosa između radnika i agencije, u smislu prava, obaveza i odgovornosti, kako bi već postojeća regulativa bila potpunija i delotvornija.

Kada je reč o Srbiji i trenutnim nastojanjima da se dođe do zadovoljavajućeg propisa kojim bi se uveo red i pravna sigurnost u oblast privremenog agencijskog zapošljavanja, predlog je da se obezbedi primena principa jednakog tretmana radnika angažovanih preko agencije kroz odredbe zakona, zatim da se za radnike koji rade preko agencije predvidi sklapanje odgovarajućeg kolektivnog ugovora, da se uvaži pravo na sindikalno udruživanje.

Potrebno je i da se odredi maksimalno trajanje radnog angažovanja preko agencije za privremeno zapošljavanje i na kraju, da se obezbedi nadzor nad primenom zakona, putem novog tela koje bi se bavilo kontrolom i nadzorom, ili preko inpekcije rada.

RADOJE BRKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University
of Kragujevac

CONCEPT OF TEMPORARY AGENCY EMPLOYMENT

Summary

In his work, the author analyzes the concept of temporary agency employment, both from the aspect of international and domestic legal regulations. Also, a review was made of the material factors that gave importance to private employment agencies as well as temporary agency engagement. The fact is that the flexibility of the labor market has led to new atypical forms of work, which, on the one hand, have certain advantages, such as greater labor mobility, easier employee engagement procedures, lower labor costs, but on the other hand has led to a tendency to worsen the general position of workers and a great legal uncertainty.

A brief review of agency employment in Serbia was made with suggestions on how to improve the situation in this area.

OSMAN KADRIU

ŠTETA U RADNIM ODNOSIMA I ODGOVORNOST POSLODAVCA ZA NJENU NAKNADU

U V O D

Sam naziv teme upućuje na problematiku koja se tiče prouzrokovanja štete u radnim odnosima. Druga važna komponenta je pravna konsekvenca štete. Pričinjena šteta treba da se naknadi. Ona treba da se reparira. Pravo na naknadu štete ima oštećeni. Njegovo pravo na naknadu je obaveza štetnika odnosno odgovornog lica za štetu.

Pojam štete je veoma širok kako u građanskom tako i u obligacionom pravu. Kao društveni fenomen šteta je od posebnog značaja u svakom civilizovanom i demokratskom društvu. Podvedena pod normama građanskog odnosno obligacionog prava, šteta predstavlja poseban, no, i važan izvor kako građanskopravnih tako i obligacionopravnih odnosa. Je izvor navedenih odnosa iz prostog razloga što nastankom štete nastaje konkretan odnos između konkretnih lica, i to između lica odgovornog za smanjenje imovine ili za onemogućavanje njenog povećanja odnosno nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha, s jedne strane, i oštećenog lica, s druge strane. Izloženo predstavlja opšto opredeljenje o šteti, njenoj de-

Prof. dr Osman Kadriu, sudija Ustavnog suda Republike Makedonije.

finiciji i njenog mesta u "listi" izvora konkretnih građanskopravnih odnosno obligacionopravnih odnosa.

Posmatrano kroz istoriju razvitka institucije štete, ona je predstavljala poseban izvor konkretnih odnosa još u rimskom pravu u svim fazama njegovog razvitka. I još konkretnije. Kao izvor, posle ugovora – *contractus*, u svim fazama razvitka rimskog prava, kao što su staro rimsko pravo, klasično i postklasično rimsko pravo, prouzrokovanje štete – *delicto*, je uvek bilo na drugom mestu izvora konkretnih građanskopravnih odnosa.[1] Takvo opredeljenje za štetu i njeno nastanuvanje ima i sovremeno pravo.

Da se prouzrokuje šteta drugom licu je zabrana. Ono se sankcioniše u pozitivnom pravu svake zemlje nezavisno od unutrašnjeg, državnog i društvenog uređenja. Ličnost čoveka i njegova imovina uživaju zaštitu. Drugim rečima, materijalna i nematerijalna dobra svakog čoveka se štite od više grane nacionalnog prava kao što su ustavno, krivično, administrativno, građansko pravo i druge pravne discipline. Za ovaj osvrt i temu koja se elaborira važna je građanskopravna zaštita. Razume se, postoji i zaštita međunarodnog prava kada je u pitanju pričinjena šteta i njena naknada.

Brojne se sfere društvenih odnosa u kojima nastaje šteta. Time nastaju i konkretni odnosi između štetnika ili odgovornog lica za štetu, s jedne, i oštećenog lica, s druge strane. Ne postoji zatvorena lista slučajeva i odnosa koji nastaju prouzrokovanjem štete. Nema, znači, *numerus clausus*. Toliko su mnogobrojni slučajevi prouzrokovanja štete što danas u savremenom pravu mogu se primetiti ideje i stanovišta da prouzrokovanje štete kako izvor konkretnih odnosa kako da konkuriše ugovoru kao važnom ako ne i najvažnijem izvoru nastanka konkretnih pravnih odnosa.[2]

Od sfera društvenih odnosa u kojima potencijalno i skoro uvek nastaje šteta važna je radnopravna oblast. Drugim rečima, u radnim odnosima imamo pojavu nastanka štete sa svim mogućim posledicama od nje. Posledice od mogućih šteta u radnim odnosima otvaraju dosta pitanja, a time i dosta dilema. Pojava o štete treba rešiti. Pravo kao pravni mehanizam je pozvan da reši građanskopravne odnosno radnopravne odnose koji nastaju kao posledica prouzrokovanja štete. U zavisnosti od konkretnih kriterijuma koji se uzimaju u obzir, od šteta koje nasta-

[1] O izvorima konkretnih građanskopravnih odnosa u rimskom pravu i u delu dr Dragomira Stojčevića, Rimsko privatno pravo, Beograd, 1970, str. 219 i 263.

[2] O izloženom, prof dr. Oliver Antić, Obligaciono pravo, Beograd, 2012, str. 484-488.

ju, koje se pričinjavaju u radnim odnosima, nastaju tru kompleksa odnosa. Razume se, reč je o kompleksima odnosa u radnim odnosima. To su, prvo, kompleks odnosa i pitanja koja se tiču štete koju pričini radnik poslodavcu odnosno organizaciji kao pravnom licu. Važan je drugi kompleks odnosa. On se odnosi i tiče se pitanja koja se tiču šteta koja se pričine radniku na radu ili u vezi sa radom, a to nešto se pričini od poslodavca odnosno njegovog organa ili radnika. Nije bez značaja i sledeći važan kompleks odnosa, tema i dilema. Reč je o šteti koje se pričini trećem licu. Izloženo upućuje na zaključak da i pored zabrane da se pričini šteta drugom licu, pojava prouzrokovanja štete ne može da se zaustavlja. Zabrana prouzrokovanjem štete datira još od rimskog prava – *nominen laedere*, što predstavlja jednu od triju "zlatnih" pravila rimskog prava: *honeste vivere* i *suum cuique tribuere*.[3]

U ovo radu se zadržavamo na onaj kompleks odnosa koji nastaje prouzrokovanjem štete radniku i odgovornosti poslodavca za to. Razume se, specifika odgovornosti poslodavca je građanskopravna odgovornost, civilnopravna odgovornost, a to je u krajnoj liniji odgovornost za naknadu štete. Ovo poslednje je faktički najvažni deo naslovne teme koja se u radu elaborira i koja se istražuje. Istine za volju pravi se jedan pokušaj da se odgovori na važna pitanja iz kompleksa odnosa koji nastaju prouzrokovanjem štete radniku od strane poslodavca.

Za jedan celovitiji odgovor po pitanjima koji se tretiraju u ovom radu, prvo se daje kratak osvrt pravne regulative kompleksa pitanja nastanka štete u radnim odnosima. Centralna tema je odgovornost poslodavca za štetu koju radnik pretrpi u radnim odnosima. Ovaj kompleks odnosa u sebe sadrži brojna pitanja. Od njih važna su pitanja kao što su, prvo, slučajevi prouzrokovanja štete radniku u radnim odnosima, tačnije rečeno njihovi modaliteti; drugo, osnov odgovornosti poslodavca; treće, uslovi za odgovornost; i četvrto, sama naknada štete. Ima i druga pitanja. Pitanja koja su apostrofirana su važna. Odgovorima koja pokušavam da ih obuhvatim u ovom osvrtu, na određeni način se zaokružuje kompleks pitanja koja se tiču odgovornosti poslodavca za štetu koja se pričinjava radniku na radu ili u vezi sa radom.

O navedenim pitanja biće reči u produženju ovog rada.

[3] Ovim pravilima ili zapovestima i u delu profesora Ivo Puhana, Rimsko pravo, Beograd, 1977, str. 3.

PRAVNA REGULATIVA O ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU U RADNIM ODNOSIMA

Bogata je pravna regulativa čijim odredbama se uređuje kompleks pitanja koja se tiču odgovornosti za štetu u radnim odnosima. I, kada je u pitanju pravna regulativa, neka bude potencirano i u ovom radu, nju treba istražiti kako na nivo međunarodnog prava tako i na nivo nacionalnog prava jedne zemlje u pitanju.

Na nivo međunarodnog prava, od važnih dokumenata samo ih nabrajamo dokumenta kao što su: Univerzalna deklaracija o pravima čoveka (1948); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966) i brojni akti (konvencije i preporuke) Međunarodne organizacije rada. Ima i drugi važnih međunarodnih akata čijim odredbama na neposredan ili posredan način se sankcionišu pitanja odgovornosti za štetu u radnim odnosima. Na nivou kontinentalnog prava, bez svake sumnje, od posebnog je značaja Evropska konvencija o zaštiti osnovnih sloboda i prava čoveka. Zbog ograničenog prostora koji je namenjen ovom radu, detaljnije o pojedinim novinama međunarodnih akata po pitanjima koja ih tangiramo, ovde i nećemo ulaziti.

Važna je pravna regulativa nacionalnog prava. Pitanja povezana sa prouzrokovanjem štete u radnim odnosima sistematski i veoma sadržajno se utvrđuju i uređuju, prvo, odredbama zakona iz oblasta rada i radnih odnosa; i drugo, generalno odredbama zakona o obligacionim odnosima. Iz liste zakona iz oblasti rada važan je matični ili organski zakon o radu odnosno, kao što se zove u pojedinim zemljama, zakon o radnim odnosima. Međutim, lista drugih zakona ili podzakonskih akata je, isto tako, široka. U kontekstu teme, važni su i zakoni iz oblasti penzijskog, invalidskog i zdravstvenog osiguranja. Prema tome, pravna regulativa na nivo nacionalnog prava za štete u radnim odnosima svodi se na dve važne grane prava, i to radnopravnog, s jedne, i obligacionog prava, s druge strane. Imamo znači, dvojnu pravnu regulativu.

Pri činjenici da imamo dvojnu regulativu, uvek se postavlja pitanje njihovog odnosa. Kako su u pitanju odnosi koje nastaju na osnovu prouzrokovanja štete u radnim odnosima, odredbe zakona o obligacionim odnosima su odredbe generalne prirode, dok regulativa koja proizlazi iz zakonskih propisa iz oblasti rada je specijalne prirode. U ovakvom odnosu važi pravilo da ako određena pitanja u vezi sa štetom u radnim odnosima drugačije su uređena od njihovog uređenja u zakonu o obligacionim odnosima – važi pravilo da se ima primeniti pravila specijalnih zakona. Drugim rečima, odredbe specijalnog zakona zamenjuju odredbe

generalnog zakona – *lex specialis derogat legi generali*. Jedno ovakvo pravilo, *mutatis mutandis*, se primenjuje i u pogledu štete koju radnik pretrpi na radu ili u vezi sa radom i za koju odgovara njegov poslodavac.

Izloženo u ovom radu se odnosi i na pozitivno pravo Makedonije. Naime, Republika Makedonija je u 2005. godine donela Zakon o radnim odnosima. Iako je ovaj Zakon sve do 2018. godine izmenjen i dopunjavan više od 20 puta, Poglavlje odredaba kojima se pravno uređuje i rešava pitanje štete koji radnik pretrpi na radu ili u vezi sa radom, ostalo je neizmenjeno. Reč je o posebnoj glavi Zakona o radnim odnosima Republike Makedonije, od 2005. godine.[4] Glava XI pomenutog Zakona sadrži važnu regulativu o šteti u radnim odnosima. Odredbama člana 159 Zakona o radnim odnosima reguliše se pravo radnika na obeštećenje u slučaju prouzrokovanja štete u radnim odnosima. Za naknadu štete odgovara njegov poslodavac.[5]

Međutim, to što je rečeno u opštem osvrtu po pitanju pravne regulative odnosi se i pravnu regulativu Makedonije. Naime, donošenjem Zakona o obligacionim odnosima u Makedoniji 2001. godine postoi dvojna regulativa po pitanjima štete koju radnik pretrpi na radu i u vezi sa radom. Ovo znači da pored odredaba Zakona o radnim odnosima, o čemu je bilo reči, konkretne odredbe po ovim pitanjima sadrži i Zakon o obligacionim odnosima.[6]

SLUČAJEVI PROUZROKOVANJA ŠTETE RADNIKA I NJIHOVA PODELA

Naglasili smo da od poznatih komplekasa odnosa koji nastaju prouzrokovanjem štete u radu i u vezi sa radom veoma je važan onaj kompleks pitanja koji se tiče prouzrokovanja štete radniku i odgovornosti poslodavca za njenu naknadu. To je tema koja se u ovom radu elaborira i istražuje.

Brojni su slučajevi i brojne su situacije kada se radniku pričini šteta u radnim odnosima. Pred da se opredelimo za moguće modalitete prouzrokovanja štete radniku još na samom početku treba naglasiti da je u pitanju šteta koja se pri-

[4] Zakon o radnim odnosima Republike Makedonije je objavljen u "Službeni vesnik RM", br. 62/2005.godine.

[5] Opširnije i konkretnije o tome član 159 ZRO Makedonije, 2005.godine.

[6] O tome i u odredbama članova 164 – 172 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije. Zakon o obligacionim odnosima je objavljen u "Službeni Vesnik RM", br. 18/2001.god.

čini na radu ili u vezi sa radom. Tada nastaje odnos između radnika i poslodavca. Ovaj odnos treba riješiti pravilima iz radnopravne regulative i odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Naprotiv, ako radnik pretrpi štetu, a ona ne bude pričinjena na radu ili u vezi sa radom, radniku ostaje jedina mogućnost da pravo na naknadu štete ostvari isključivo opšti pravilimia zakona iz oblasti obligacionih odnosa. Za takvu štetu, razume se, ne odgovara poslodavac.

Istini za volju za štetu radnim odnosima koju pretrpi radnik, iako govorimo o dvojnoj regulativi, što je sasvim tačno, Zakon o radnim odnosima upućuje na primenu odredaba Zakona o obligacionim odnosima. Ovaj kompleks odnosa kao celina, prema tome, uređuje se Zakonom o obligacionim odnosima i to odredbama one glave Zakona kojima se uređuju pitanja štete kao izvora obligacionopravnih odnosa.

Brojni su slučajevi u kojima se radniku prouzrokuje šteta u radnim odnosima. U svim slučajevima prouzrokovanja štete u radnim odnosima uvek se postavlja pitanje materijalne odgovornosti poslodavca. U zavisnosti od kriterijuma koji se uzimaju u obzir svi mogući slučajevi prouzrokovanja štete radniku mogu se podeliti u dve vrste, u dve grupe. Prvu vrstu čine slučajevi prouzrokovanja štete radniku *povredom na radu* i drugu grupu slučajeva imamo kada se radniku pričini šteta *povredom njegovih prava.*

Povreda na radu i profesionalna bolest radnika

U okviru ove vrste povrede pravi se razlika između povrede radnika na poslu, s jedne strane, i profesionalne bolesti radnika, s druge strane.

Povreda na radu. – Povreda na radu je faktički narušavanje zdravlja radnika odnosno zaposlenog kod konkretnog poslodavca. Međutim, kod ove vrste štete treba naglasiti da pored povrede na poslu i šteta koja skoro redovno nastaje, postoji profesionalna bolest koja se manifestuje sa istim posledicama, a to je šteta u radnim odnosima. Nešto konkretnije o pojmovnom određivanju navedenih pojmova, i to povrede na radu i profesionalne bolesti. Treba istaći sledeće. Povreda na radu je fizičko oštećenje radnika izazvano mehaničkim ili hemijskim sredstvima kao i zračenjem određenih materija odnosno postrojenja kao što su razni aparati i tome slično. Povreda na radu može nastati i naglim promenama položaja tela, zatim iznenadnim opterećenjem tela ili drugim promenama fiziološkog sta-

nja organizma. Povreda na radu predstavlja i povredu psihičkog stanja čoveka odnosno radnika i njegovog stabiliteta i bez direktnog dodira odnosno povrede.

Povredom na poslu za radnika može nastupiti smrt, teško ili lako telesno oštećenje, fizički bolovi i u konkretnim slučajevima neposrednog fizičkog oštećenja kod radnika može se izazvati veliki strah i može doći do promena u njegovom psihičkom zdravlju. Ovo poslednje zavisi od intenziteta psihičkih bolova i njihovog vremetrajanja.

Radnopravna teorija je učinila pokušaj da odredi ne samo pojam nego i uslove pod kojima se smatra da je u pitanju šteta zbog *povrede na radu.* To je ona šteta koja nastaje povredom zaposlenog u toku obavljanja poslova odnosno radnih zadataka zbog kojih je on zasnovao radni odnos kod konkretnog poslodavca. Kao šteta zbog povrede na radu je i šteta u obavljanju funkcije ili po posebnom nalogu u ovkiru popisa poslova odnosno radnih zadataka koje je radnik dužan obavljati u okviru svoje funkcije odnosno radnog zadatka.[7]

Drugo je pitanje sa štetom koja nastaje *u vezi sa radom.* Ovde je u pitanju aktivnost ili ponašanje radnika koja nije u neposrednoj vezi sa obavljanjem rada, funkcije odnosno radnih zadataka. No, takva aktivnost odnosno ponašanje radnika je u funkcionalnoj vezi sa radom zbog kojeg je on zasnovao radni odnos. Ovde, dakle, ponašanje i aktivnost radnika su potrebne. Takav je slučaj na primer, sa povredom radnika na putu od kuće do posla i obrnuto; na putu preduzetom radi stupanja na rad; na putu preduzetom radi izvršenja radnih zadataka, i slično.[8]

I još nešto u izloženom smislu. Za štetu koju radnik pretrpi za vreme odmora u toku rada, načelno odgovara poslodavac. Odmor u toku rada je radno vreme. Poslodavac je dužan da osigura normalne uslove za korišćenje toga vremena.[9]

Profesionalna bolest. – Za profesionalnu bolest radnika na radu pravna teorija i pozitivno zakonodavstvo imaju jasna opredeljenja. Šteta dolazi zbog pogoršanja zdravstvenog stanja radnika. Tada se postavlja pitanje o činiocima odnosno faktorima koji su uticali i uslovljavali smanjenje zdravstvene, pa time i radne spo-

[7] Opširnije o tome, Zdravko Momčilović, Odgovornost organizacije za štetu usled povrede i profesionalne bolesti radnika, "Pravni život", Beograd, 1989, br. 2-3, str. 314-315.

[8] O tome opširnije prof. dr Zoran Ivošević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 234-236.

[9] Po ovim pitanjima jasna stanovišta su imali i sudovi udruženog rada u režimu "socijalističkog prava", posebno u periodu važenja Zakona o udruženom radu 1976 – 1990.godine.

sobnosti radnika. Pri tome treba razlikovati profesionalna oboljenja od svih drugih – ostalih bolesti.

Profesionalna bolest je bolest koja je prouzrokovana u toku osiguranja, dužim i neposrednim uticajem procesa i uslova rada na radnim mestima odnosno na poslovima i delatnostima koji radnik obavlja, kao što su razne vibracije, mikroklima, buka, otežnati uslovi rada, i slično, i ukoliko je takva bolest obuhvaćena listom profesionalnih bolesti. Prema tome, da bi jedna bolest bila kvalifikovana kao profesionalna mora da postoji uzročnoposledična veza između obavljanja određene profesionalne delatnosti radnika i konkretne bolesti. Time je radnik bio izložen u toku procesa rada konkretnim uslovima i činiocima koji su uticali kod njega na pojavu profesionalne bolesti.

Prema stanovištu koja je izražena u jednom delu sudske prakse, profesionalnom bolešću se smatra i zarazna bolest od koje oboli pomoćno osoblje u bolnici, jer se ono bavi negom ljudi obolenih od zaraznih bolesti.[10]

Šteta pričinjena povredom prava radnika

Već je podvućeno u ovom radu da se šteta radniku na radu ili u vezi sa radom može pričiniti i *povredom prava.* Ovi slučajevi su brojni i češći. To se najbolje može videti od radnopravnih sporova pred građanskim sudovima u zemljama našeg regiona. To je slučaj i u Republici Makedoniji. Slučajevi prouzrokovanja štete povredom prava radnika, a na osnovu konkretnih kriterijuma, mogu se razvrstiti u četiri grupe. To su: prvo, sporovi za naknadu štete zbog nezakonitog prestanka radnog odnosa; drugo, štete i sporovi za naknadu štete zbog nezakonitog raspoređivanja radnika; treće, naknada štete radniku zbog neiskorišćenog godišnjeg odmora; i četvrto, sporovi oko štete zbog nezakonite suspenzije.

Od navedenih slučajeva prouzrokavanja štete zbog povrede prava radnika, najčešći su sporovi prestanka radnog odnosa. Ovi su i najsloženiji sporovi pri nespornoj činjenici što i štete koje nastaju po ovom osnovu, po pravilu su visoke. Zbog toga, kao što se podvlači u teoriji radnog prava, od svih mogućih sankcija koji se mogu izricati radniku, u radnim odnosima je ona sankcija koja se tiče prestanka radnog odnosa.

[10] Konkretna stanovišta sudske prakse su citirana u radu Zdravka Momčilovića, Odgovornost za štetu usled povrede i bolesti radnika, "Pravni život", Beograd, 1989, br. 2-3, str. 317-318.

U okviru teme koja se tiče naknade štete biće posebno reči o pojedinim novinama pozitivnog prava o naknadi štete u radnim odnosima s posebnim akcentom na štetu i njenu naknadu usled nezakonitog prestanka radnog odnosa.

Izložena pravila radnopravne teorije o naknadi štete u radnim odnosima, sadržana su i u pozitivnom pravu Makedonije. I još konkretnije. Odredbama člana 159 Zakona o radnim odnosima ove Republike iz 2005. godine, na dva nivoa se rešava pitanje štete koju radnik pretrpi na radu ili u vezi sa radom. To su, štete zbog povrede radnika na radu, i drugo, štete koji radnik pretrpi povredom njegovih prava u radnom odnosu.[11] U pogledu praktične primene citiranih odredaba jasna su stanovišta i komentari komentatora Zakona o radnim odnosima.[12]

ODGOVORNOST POSLODAVCA ZA ŠTETU

Za da odgovara poslodavac za naknadu štete prethodno treba rasvetliti dva pitanja koja se tiću same odgovornosti u smislu civilnopravne odgovornosti. To drugim rečima znači, kako što nas uči građansko odnosno obligaciono pravo kao deo građanskog prava prethodno treba rešiti i razrešiti pitanja, prvo, pravnog osnova odgovornosti kod prouzrokovanja štete; i drugo, pitanja samih uslova koji su potrebni za odgovornost. Na osnovu ovih dveju značajnih komponenti može da se vrši konstituisanje odgovornosti za prouzrokovanu štetu. To nešto, *mutatis – mutandis*, se odnosi i na odgovornost poslodavca za štetu koja se pričini radniku.

Osnov odgovornosti poslodavca za štetu

Kod deliktne odgovornosti uopšte, pitanje osnova odgovornosti uvek predstavlja centralno pitanje. To je važno pitanje. Isto značenje pitanje osnova odgovornosti ima i u oblasti prouzrokovanja štete u radnim odnosima. To važi i za odgovornost poslodavca za štetu koja se prouzrokuje radniku na radu ili u vezi sa radom.

[11] O izloženim novinama, konkretnije u odredbama člana 159 stav 1 i 2 Zakona o radnim odnosima. Zakon je objavljen u "Službeni vesnik RM", br. 62/2005 od 28 jula 2005. godine.

[12] O tome, dr Osman Kadriu i dr Vojo Belovski: Komentar na Zakonot za rabotnite odnosi, sa posebnim osvrtom na odredbe člana 159, Skopje, 2010, str. 301-307.

Osnov odgovornosti poslodavca zavisi od izvora prouzrokovanja štete. U jednom delu nauke se govori od poreklu štete.[13] Naime, ako je šteta nastala povredom prava radnika, osnov odgovornosti je *krivica* poslodavca. To će biti slučaj zbog protivzakonitih akata ili protivzakonitog ponašanja poslodavca. Samo kao primer, poslodavac je nezakonito suspendovao radnika s posla. Krivica se pretpostavlja da postoji. No krivica je oborljiva pretpostavka, što znači da poslodavac u postupku može dokazati da su njegove odluke ili postupci zakoniti. Teret dokazivanja leži na poslodavca. Ako u tome uspe, on se oslobađa odgovornosti. Prema tome, u slučajevima prouzrokovanja štete protivzakonitim odlukama ili postupcima dolazi do punog izražaja *sistem krivice,* odnosno sistem *culpae*.[14]

Interesantan je slučaj zbog povrede radnika na radu ili slučaj prouzrokovanja štete zbog profesionalne bolesti. U ovim slučajevima, a naime, u slučajevima prouzrokovanja štete zbog povrede na radu ili profesionalne bolesti, do primene dolazi *princip rizika,* no i princip krivice. Sistem ili princip rizika uvek dolazi u primeni ako je u pitanju šteta od *opasne stvari ili opasne delatnosti*[15]. Opasna je ona stvar (pokretna ili nepokretna), koja svojim položajem, upotrebom, osobinama ili samim postojanjem povećava opasnost za okolinu pa mora biti nadgledana ili upotrebavana sa posebnom pažnjom.

Pojam opasne delatnosti se određuje kao delatnost koja svojom prirodom ili uslovima vršenja povećava opasnost za okolinu, nezavisno od opasnih stvari, pa mora biti organizovana uz primenu posebnih mera opreza i kontrole. U ovim slučajevima odgovornost je objektivna. Odgovara se bez utvrđivanje krivice. Ona se ne traži. Međutim, i kod objektivne odgovornosti poslodavac može da se oslobodi odgovornosti za štetu ako dokaže da je šteta nastala višom silom, radnjama trećeg lica ili isključivom krivicom oštećenog radnika. U drugim slučajevima prouzrokovanje štete povredom radnika na radu, van slučajeva štete kao posledice opasne stvari ili opasne delatnosti, primenjuje se sistem kulpe odnosno sistem krivice koja se pretpostavlja da postoji.

Kod prouzrokovanja štete na osnovu profesionalne bolesti, odgovornosta se zasniva po *principu rizika* - sistema kauze.

---

[13] Prof. dr Zoran Ivošević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 236.

[14] O tome član 154 stav 1 ZOO, iz 1978.godine i član 141 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima Makedonije, "Službeni vesnik RM", br. 18/2001.

[15] O tome dr Mihaljo Konstantinović, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd, 1969, str. 136 i prof. dr Zoran Ivoćević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 236.

Uslovi za odgovornost

U deliktnoj odgovornosti, uslovi za odgovornost su važna komponenta građanskopravne odgovornosti za štetu. To važi i za odgovornost poslodavca za štetu koja se pričini radniku. Od uslova za odgovornost važno je potencirati da se oni odnose na štetu; krivicu; uzročnost i da ne postoje razlozi za isključenje odgovornosti.

U pogledu *štete,* u teoriji i u zakonodavstvu stanovišta su jedinstvena. Šteta je opšti uslov za odgovornost. Ona je uvek prisutni uslov. Šteta je preduslov odgovornosti i zbog toga nema odgovornosti ako ne postoji šteta. Šteta redovno se pojavljuje usled povrede prava radnika ili usled povrede radnika na radu ili zbog profesionalne bolesti. Zbog nezakonitog akta poslodavca ili njegovog nezakonitog postupanja šteta može biti materijalna i nematerijalna. Materijalna šteta se ispoljava u izgubljenoj zaradi i drugim ličnim primanjima na koji način dolazi do umanjenja imovine zaposlenog (obična šteta), kao i u sprečavanju povećanja imovine (izmakla korist). Šteta može nastati i u slučaju povrede radnika na poslu ili zbog profesionalne bolesti i to u oba oblika – materijalna i nematerijalna. Nematerijalna šteta, u ovom slučaju, se ispoljava kao fizički i psihički bol i kao strah zaposljenog zbog umanjenja opšte životne aktivnosti ili naruženja.[16]

Krivica je važan uslov kod subjektivne odgovornosti. Ona se opredeljuje kao odnos psihe i volje lica sposobnog za rasuđivanje prema radnji, u smislu činjenja ili zbog nepreduzimanja određene radnje, u smislu nečinjenja, kojom je prouzrokovana šteta i šteti kao posledica tog činjenja ili nečinjenja. Kao što je rečeno u ovom radu, kod prouzrokovanja štete na osnovu protivzakonitih akata ili protivzakonitog ponašanja, odgovornost poslodavca je subjektivna. Njegova krivica se pretpostavlja da postoji. Za krivicu je važno istaći da se ona pojavljuje u dvostrukom svojstvu. Ona je i osnov odgovornosti i uslov za odgovornost. O drugim posebnostima krivice je bilo reči u okviru teme osnova odgovornosti.

Za *uzročnost* je potrebno podvući samo ono što je specifika odgovornosti za štetu u radnim odnosima. Uzročna veza je, isto tako, stalno prisutni uslov odgovornosti. Bez uzročnosti nema odgovornost. Pod uzročnošću, u smislu ovako postavljenog problema, treba podrazumevati odnos radnje i postupaka poslodavca i

[16] Prof. dr Zoran Ivošević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 237.

pričenjene štete, kao uzrok prema posledici. To je, drugim rečima, odnos između dve pojave od kojih je jedna uslovljena drugom.[17]

Za da može da se aktivira mehanizam odgovornosti kod odgovornosti za štetu uopšte treba prethodno utvrditi da li postoji neki razlog, predviđen zakonom, kojim se isključi odgovornost. Zakon o obligacionim odnosima govori o nužnoj odbrani, o stanju krajne nužde, o pristanku oštećenog i o drugim razlozima koi su, svaki za sebe, podobni za isključenje odgovornosti odgovornog lica za štetu.[18] Međutim, odmah treba naglasiti da su ovi razlozi neprimenljivi u postupku odgovornosti poslodavca za štetu koja se pričini radniku.

Odgovornost za štetu u radnim odnosima je posebna vrsta odgovornosti, koe opredeljenje je poznato u radnopravnoj nauci.[19] To znači se odnosi kako za štetu zbog povrede prava zaposlenog tako i za štetu koja nastaje povredom na poslu ili zbog profesionalne bolesti. Naime, navedenim razlozima ne može se opravdati prouzrokovanje štete koja je nastala nezakonitim aktima ili nezakonitim postupcima poslodavca. Isto tako, ne mogu se opravdati postupci poslodavca što nije preduzeo potrebne i odgovarajuće mere u pogledu stvaranja uslova u procesu rada da do štete zbog povrede na poslu ne dođe.[20]

NAKNADA ŠTETE I ODGOVORNOST POSLODAVCA

Pričinjena šteta treba da se naknadi. Ona treba da se reparira. U kontekstu teme koja se elaborira u radu, odgovornost je poslodavca da naknadi štetu zaposlenom u slučaju njenog prouzrokovanja. Da ponovimo da se ona može prouzrokovati kako povredom prava, s jedne strane, tako i povredom zaposlenog na poslu odnosno zbog njegove profesionalne bolesti, s druge strane.

Usled nezakonitog prestanka radnog odnosa, zaposlenom pripada pravo na naknadu zbog izostale neisplaćene plate. To je materijalna šteta. Materijalna šteta se manifestira i zbog izostalih drugih ličnih primanja koje bi zaposleni ostvari-

[17] Mehmed Deković: Odgovorsnot za štetu usled povrede prava radnika, "Pravni život", Beograd, 1989, br. 2-3, str. 331.

[18] Konkretnije o izloženom u odredbama članova 154 – 163 Zakona o obligacionim odnosima, od 1978.godine kao i odredbama članova 141 – 150 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije, od 2001.godine.

[19] U vezi ovog opredeljenja, dr Aleksandar Baltić i Milan Despotović, Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problem sociologije rada, Beograd, 1971, str. 361-362.

[20] Prof. dr Zoran Ivošević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 237–239.

vao da nije bilo prestanka radnog odnosa. Tu spadaju eventualna povećanja plate za vreme prestanka radnog odnosa, i slično. Prema stanovištu sudske prakse, u iznosu naknade štete ne mogu se uračunati terenski dodatak; putni troškovi; topli obrok; dnevnice i slično. Ovo zbog toga što zaposleni za vreme nerada on takve troškove i nije ostvario. Visina naknade ne može biti veća od štete. To je važan princip u građanskom odnosno u obligacionom pravu. Tako na primer, ako je zaposleni posle prestanka radnog odnosa ostvari dohodak kod drugog poslodavca koji je veći od plate koju bi primao da je bio u radnom odnosu, u ovom slučaju on nema pravo na naknadu. I druga situacija je važna. Ako zaposleni, po prestanku radnog odnosa, ostvari nekakov prihod, bilo kod drugog poslodavca ili na drugi način (na primer, radi u zemljoradnji), a ostvareni prihodi su niži od visine plate kod poslodavca, on ima pravo samo na razliku između visine neisplaćenih plata i ostvarenih prihoda na drugo mesto.

Šteta može biti i kod nezakonitog raspoređivanja. Ako radnik je raspoređen na radno mesto za koje se predviđa niža plata od plate koju je ostvarivao na prethodnom radnom mestu, on ima pravo na razliku. Razume se, i ovde je uslov raspoređivanje da bude nezakonito.

Skoro su ista pravila i kod protivzakonite suspenzije. Suspenzija je udaljenje iz pravnog lica odnosno od poslodavca. Udaljenje se izrekuva u slučajevima pokretanja postupka za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog. U pojedinim slučajevima poslodavac može da se opredeli za takvu odluku – odluku za udaljenje, dok u drugim slučajevima on mora da donese odluku o suspenziji. Za vreme udaljenja zaposlenom se priznaje pravo na naknadu plate do okončanja postupka. Ako se u postupku utvrdi da je udaljenje bilo nezakonito zaposleni ima pravo na razliku između naknade plate koju je on ostvario za vreme dok je bio udaljen i plate koju bi ostvario da nije bio suspendiran s posla.[21]

Važno je pitanje štete zbog neiskorišćenog godišnjeg odmora. Pravilo je da ako zaposlenog nije omogućeno da koristi godišnji odmor, i to krivicom poslodavca, on ima pravo na naknadu štete. Visina naknade štete se utvrđuje prema visini izostale naknade plate koja bi mu bila isplaćena da je odmor koristio. Sudska praksa i po ovim pitanjima je bogata. Isto tako su jasna stanovišta u sudskoj praksi u pogledu onih slučajeva kada zaposleni nema pravo na naknadu štete zbog neiskorišćenog godišnjeg odmora. Samo za ilustraciju spominjamo nekoliko sluča-

[21] Prof. dr Zoran Ivošević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 239.

jeva. Ako je zaposleni bio suspendiran s posla u onom periodu u kojem se koristi godišnji odmor i za druge zaposlene, suspendirani radnik nema pravo na naknadu štete zbog neiskorišćenog godišnjeg odmora. Pravo na naknadu štete zbog neiskorišćenog godišnjeg odmora nema i onaj zaposleni koji je u periodu korišćenja ovog prava bio bolestan. Bolest je viša sila i organizacija odnosno poslodavac za to ne može da snosi odgovornost. Pravo na naknadu zbog neiskorišćenog godišnjeg odmora nema i lice, zaposleno kod poslodavca, koje je u periodu kada se koristi godišnji odmor, ono je bilo na izdržavanje kazne zatvora.[22]

Izloženo u ovom radu se odnosi na materijalnu štetu zbog povrede prava. No, materijalna šteta nastaje i kada se radnik povređuje na poslu ili kod njega nastupa profesionalna bolest. Pravila odgovornosti izložena u navedenim slučajevima treba ih primeniti i kod prouzrokovanja štete zbog povrede na poslu odnosno zbog profesionalne bolesti.[23]

Ovaj osvrt se zaokružuje, sasvim ukratko i pitanjem nematerijalne štete zbog povrede prava zaposlenog i zbog povrede zaposlenog na poslu odnosno zbog profesionalne bolesti. Pravilo je da i u radnim odnosima, a u slučajevima prouzrokovanja štete, ona može biti kako materijalna tako i nematerijalna.[24]

Zbog povrede prava zaposlenog, kod njega može nastati i nematerijalna šteta. To će biti slučaj ako je povreda prava kod njega izazvala ozbiljniji poremećaj psihičke i emocionalne ravnoteže. Ako je u pitanju povreda na poslu, nematerijalna šteta se ispoljava kao fizički i psihički bol i kao strah zaposlenog. Ovo nešto zbog umanjenja opšte životne aktivnosti ili naruženja. Intenzitet i trajanje fizičkih odnosno psihičkih bolova kao i straha služe kao kriterijumi koji opravdavaju određivanje pravične novčane naknade. Prema tome kod naknade nematerijalne štete primenjuje se princip pravičnosti za razliku od materijalne štete koja se utvrđuje u tačan iznos koji treba da odgovara visini štete.[25]

---

[22] Mehmed Deković: Odgovorsnot za štetu usled povrede prava radnika, "Pravni život", Beograd, 1989, br. 2-3, str. 337.

[23] Konkretnije o tome u citiranom Komentaru – Komentar na Zakonot za rabotnite odnosi od avtorite dr Osman Kadriu i dr Vojo Belovski i konkretno komentar odredaba člana 159 citiranog Zakona.

[24] Za nematerijalnu štetu kod prestanka radnog odnosa i u delu prof. dr Vlajka Brajevića, Radno pravo, Beograd, 2001, str. 364.

[25] Konkretnije o tome, odredbe članova 199 I 200 Zakona o obligacionim odnosima od 1978.godine.

OSMAN KADRIU, LL.D.,
Judge of the Constitutional Court of Repubvlic
of Macedonia

DAMAGE IN THE LABOR RELATIONS

Summary

In the paper, the author made an attempt to answer the questions of damage in the labor relations. Of the three known issues, the central theme is the damage caused to the employee (worker) and the responsibility of the employer for its compensation. In the framework of the topic, research is carried out on key institutions. Out of them, the focus is on the forms of damage caused to the worker and their division. Important are also the basis and conditions of the employer's liability for damages. As a result of the damage, the question of its compensation is especially elaborated. The employer is responsible for the compensation of damages. From the aspect of legal regulation, the issue of damage and the legal rules are clear. We have dual regulations, namely rules of the labor legislation, on the one hand, and the rules of the Law on Obligations, on the other. In this regard, it should be noted at the end that the rules for compensation of damages in labor relations, with particular reference to the damage caused to the employee, are found and elaborated in the delict liability.

VLADIMIR VRHOVŠEK,
VLADIMIR KOZAR

ZAŠTITA OD ZLOSTAVLJANJA – MOBINGA NA RADU

UVOD

Zlostavljanje na radu predstavlja proces koji nastaje i koji dugo traje u radnom okruženju, kako u svetu, pre svega u Evropi, tako i kod nas. U cilju sprečavanja ove negativne pojave, brojne su mere koje se preduzimaju u Međunarodnoj organizaciji rada, Savetu Evrope i Evropskoj uniji. Nastanku zlostavljanja na radu doprinosi nedovoljno transparentna atmosfera, nedostaci u internom informisanju, neadekvatno ponašanje rukovodeće strukture, nedostaci u upravljanju personalom i loši međuljudski odnosi, nedovoljno razgraničene nadležnosti i podela zadataka, potiskivanje svađa i konflikata itd. Kao osnovni model prevencije zlostavljanja na radu javlja se kodeks ponašanja, koji se koncipira kao putanja komunikacije u privrednom društvu, odnosno ustanovi u cilju određivanja pravila i smerova komunikacije, u smislu funkcionalnog obavljanja posla, ali i u onemogućavanju nedobronamerne i neetičke komunikacije. Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu - ZSZR, *Službeni glasnik RS*, br. 62/10 koji stupio je na snagu 05.06.2010. godine, a primenjuje se od 4. septembra 2010. godine, predstavlja

---

Vladimir Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu.

Dr Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

pravni regulatorni okvir, koji definiše modalitete zaštite zaposlenog, obaveze poslodavca i kaznene mere prema zlostavljačima.

Mobing, kao veoma širok pojam, obuhvata kompleks maltretirajućih aktivnosti koje se sprovode nad zaposlenima na radnom mestu, a koje se obično završavaju sa nekom vrstom posledica za pojedinca. Posledice u zavisnosti od pojedinca i ispoljenog ponašanja mogu varirati od blažih do potpuno razarajućih posledica po zaposlenog, njegovo okruženje i porodicu, pri čemu istovremeno direktne posledice trpe organizacija i društvo u celini.[1] Nažalost, u strahu za svoju materijalnu egzistenciju i egzistenciju svoje porodice, zaposleni su često izloženi krajnje neprihvatljivim ponašanjima poslodavaca. Ukoliko ista prerastu u konstantno, trajno i grubo povređivanje ustavnog prava na dostojanstvo, ugled i čast, privatnost ili telesni integritet i zdravlje zaposlenog, govorimo o mobingu.[2]

Mobing nije nova pojava, kao što nije novo ni ponašanje koje ovaj pojam opisuje. Kao novost se jedino može posmatrati priznavanje ovog izraza u poslovnoj praksi s jedne strane, kao i priznavanje postojanja zlostavljanja na poslu s druge strane.[3] Opšte prihvaćena definicija (pojmovno određenje) mobinga ne postoji, ima ih mnogo, a sve se oslanjaju na definiciju koju je još 1984. godine u Enciklopediji mobinga dao švedski psiholog Hajns Lejman (*Heinz Leymann*).[4] Umesto reči mobing ili zlostavljanje na radu, često se koriste termini: psihičko zlostavljanje, psiho-teror, uznemiravanje, moralno uznemiravanje i dr. Iako je iz naziva zakona jasno da se naš zakonodavac opredelio za sintagmu: zlostavljanje na radu, kod nas je (sada) odomaćena upotreba termina mobing (ranije šikana, šikaniranje na radnom mestu, engl. *bullying*).[5]

---

[1] Lejla Bratić, "Šta je mobing?", *Bilten Privrednog suda u Beogradu* 1/2014, 24 – 29.

[2] Branko Lubarda, "Mobing/Buling na radu", *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 2/2008, 448.

[3] L. Bratić, 24 – 29.

[4] "Psihički teror ili mobing u radnom okruženju uključuje neprijateljsku ili neetičku komunikaciju, koja je na sistematičan način usmerena od strane jedne ili više osoba, pretežno prema jednom licu, koje je usled toga dovedeno u poziciju bespomoćnosti ili nemogućnosti da se odbrani i koje se u tom položaju zadržava kontinuiranim aktivnostima mobinga. Ovi postupci vrše se često (statistička definicija: najmanje jednom nedeljno) i tokom dužeg vremenskog perioda (statistička definicija: najmanje tokom šest meseci). Usled čestog ponavljanja i dugog trajanja neprijateljskog ponašanja dolazi do značajnih mentalnih, psihosomatskih i socijalnih patnji". - H. Leymann, (1990) Mobing and Psychological Terror at Work Places, Violence And Victims,, *http://www.Leymann.se/English/frame.html,* 21. maj 2018.

[5] Lidija Đukić, "Pravna zaštita zbog zlostavljanja na radu (mobinga)", *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3/2012, 129.

ZAKON O SPREČAVANJU ZLOSTAVLJANJA NA RADU U REPUBLICI SRBIJI

Uvodnim odredbama u ZSZR definisano je da se izvršiocem zlostavljanja smatra poslodavac sa svojstvom fizičkog lica ili odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, koji vrši zlostavljanje na radu i u vezi sa radom. Poslodavac je dužan da, radi stvaranja uslova neophodnih za zdravu i bezbednu radnu okolinu, organizuje rad na način kojim se sprečava pojava zlostavljanja i zaposlenima obezbeđuju uslovi rada u kojima neće biti izloženi zlostavljanju od strane poslodavca, odnosno odgovornog lica kod poslodavca ili zaposlenih kod poslodavca. Poslodavac, kada se ima u vidu navedeno, treba da obezbedi radnu okolinu u kojoj će se poslovi obavljati u atmosferi poštovanja, saradnje, otvorenosti, bezbednosti, jednakosti, da pruži dobar primer, odnosno da se prema svima ponaša ljubazno, sa dostojanstvom i dužnim poštovanjem. Dalje, poslodavac treba sindikatima da omogući da daju doprinos u radu na osposobljavanju za prevenciju i sprečavanje zlostavljanja na radu, kao i da omogući zaposlenima da iznesu svoje mišljenje, stavove i predloge u vezi sa obavljanjem posla, a da zbog toga ne trpe štetne posledice.

Poslodavac je u obavezi, a radi prepoznavanja, prevencije i sprečavanja zlostavljanja, da zaposlenog pisanim putem, pre stupanja na rad, obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja, a u tom obaveštenju, obavezno mora da bude sadržano i šta se ne smatra zlostavljanjem. Poslodavac, takođe, ima obavezu osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika u vezi sa sprečavanjem zlostavljanja, načinom prepoznavanja uzroka, oblika i posledica vršenja zlostavljanja, kao i mogućnostima sprečavanja zlostavljanja.

Što se tiče zaposlenog, on je dužan da se uzdrži od ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, ali ne sme da zloupotrebljava pravo na zaštitu od zlostavljanja, odnosno ne sme da bez osnova pokrene postupak za zaštitu. Takođe, nije moguće pokrenuti postupak za zaštitu od zlostavljanja u slučaju kršenja prava propisanih drugim zakonima kojima je i obezbeđena zaštita tih prava.

POJAM ZLOSTAVLJANJA NA RADU, POSLEDICE I PREVENCIJA

Zakon definiše pojam zlostavljanja i izvršioca zlostavljanja (zlostavljača). U smislu čl. 6 ZSZR pod zlostavljanjem se podrazumeva svako aktivno ili pasivno

ponašanje koje čini poslodavac, neko od zaposlenih ili grupa zaposlenih, prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca, ili prema poslodavcu, odnosno odgovornom licu kod poslodavca, koje se ponavlja, a koje za cilj ima i predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkaže ugovor o radu ili drugi ugovor (st. 1), kao i podsticanje i navođenje drugih na ponašanje koje predstavlja zlostavljanje se takođe smatra zlostavljanjem (st. 2), dok se izvršiocem zlostavljanja smatra poslodavac sa svojstvom fizičkog lica ili odgovorno lice[6] kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, koji vrši zlostavljanje (st. 3). Pojam zlostavljanja postavljen je široko, pa su tako obuhvaćeni i horizontalni i vertikalni mobing,[7] odnosno svi odnosi između zaposlenih bez obzira na njihov međusobni položaj kod poslodavca.[8]

Pravilnikom o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS, br. 62/2010*, uređuju tri grupe pravila ponašanja:

– prevencija, odnosno preciziranje obaveza poslodavaca i zaposlenih, pravila ponašanja;

– identifikovanje mogućih oblika zlostavljanja, odnosno zloupotreba zaštite od zlostavljanja, prepoznavanje i identifikovanje ponašanja koja nisu zlostavljanje;

– procedure i svi koraci kojima treba da se koriste moguće žrtve zlostavljanja na radu, a koji su u funkciji zaštite od zlostavljanja.

---

[6] ZSZR koristi pojam "odgovorno lice u pravnom licu", za označavanje direktora, ili drugog statutarnog, odnosno "zakonskog" zastupnika pravnog lica, čiji naziv zavisi od forme pravnog lica. Prema Zakonu o privrednim društvima, Službeni glasnik RS, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 (drugi zakon), 5/2015, 44/2018, društvo ima jednog ili više direktora koji su zakonski zastupnici društva (čl. 218). Saglasno Zakonu o bankama, Službeni glasnik RS, br. 107/2005, 91/2010, 14/2015, predsednik izvršnog odbora banke predstavlja i zastupa banku s tim što je pri zaključivanju pravnih poslova i preduzimanju pravnih radnji iz delokruga izvršnog odbora, dužan da obezbedi potpis jednog člana tog odbora (čl. 75 st. 2 i 3) Reč je o supotpisu, pa se postavlja pitanje da li i član izvršnog odbora banke ima svojstvo odgovornog lica, u smislu čl. 14 st. 2 ZSZR.

[7] Branko Lubarda, "Socijalna prava i dostojanstvo na radu", *Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava* 1/2008, 20.

[8] Bojan Urdarević, Zoran Radulović, "Posebni oblici zaštite zaposlenih od zlostavljanja na radu", *Srpska politička misao* 4/2016, 355

Poslednjih godina istraživanja ovog problema, kroz brojne studije slučaja, bavilo se raširenošću ove pojave, rizičnim grupama, motivima i krajnjim ciljevima mobinga. Ovakvo sagledavanje problema obezbedilo je razvoj akcionih programa podrške i pomoći žrtvama u mnogim zemljama Evropske unije, a donet je i značajan broj propisa koji sankcionišu mobing.

Kada je u pitanju nacionalni normativni okvir, valja ukazati da je pravo zaposlenog na poštovanje dostojanstva na radu ustavno pravo,[9] a posebna zaštita navedenog prava započeta je antidiskriminacionim odredbama u ZR, koji u čl. 18. propisuje zabranu svakog oblika diskriminacije zaposlenog i lica koje traži zaposlenje, a odredbom čl. 21 zabranjeno je uznemiravanje i seksualno uznemiravanje uz definisanje ovih pojmova vrlo slično kasnijem određenju mobinga, odnosno zlostavljanja na radu u ZSZR.[10] Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS,* br. 22/09, koji je stupio na snagu 7. aprila 2009. godine, propisuje da je zabranjena diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada, kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti (čl. 16, st. 1).[11]

ZSZR daje celovit normativni osnov ne samo za sprečavanje zlostavljanja na radu, već i za zaštitu lica koja su (bila) izložena zlostavljanju na radu ili u vezi sa radom (žrtve zlostavljanja) i zato je neophodno ukazati na neka pitanja koja su značajna za pravilnu primenu njegovih odredaba.[12] Takođe bilo je potrebno doneti i Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014, radi zaštitite zaposlenih koji svoje pravo na izražavanje mišljenja ostvaruju u svojstvu zaposlenog – uzbunjivača, a što je od posebnog značaja za suzbijanje korupcije.[13]

---

[9] "Svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa. Niko se tih prava ne može odreći." (čl. 60, st. 4 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS,* br. 83/06).

[10] L. Đukić, 129.

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*

[13] Vesna Bilbija, "Zaštita uzbunjivača u RS i postupci uzbunjivanja", *Pravni informator* 1/2016, 36–42.

Međunarodna organizacija rada određuje mobing kao "uvredljivo ponašanje koje se manifestuje kao osvetoljubivi, surovi, zlonamerni ili ponižavajući pokušaji da se sabotira jedan ili grupa zaposlenih. Udružuje se protiv određenog saradnika, odnosno on se mobinguje, i izlaže psihičkom uznemiravanju. U mobing spadaju stalne negativne primedbe ili kritike, koje izoluju neku osobu u socijalnom pogledu, kao i kancelarijski tračevi ili širenje lažnih informacija".[14]

Mobing, odnosno zlostavljanje na radu ne predstavlja novi virus ili menadžersku bolest, već staru pojavu koja je dobila novo ime i podrazumeva psihički, mentalni i socijalni teror koji zaposleni trpi u kolektivu, a čiji su inicijatori njegov pretpostavljeni, kolege ili svi zajedno. I premda nije reč o zdravstvenom problemu, zlostavljanje na radu je vrlo ozbiljna pojava koja može u krajnjem slučaju da naruši zdravlje žrtve. Pri tom se ističe mogućnost da svako može biti pogođen zlostavljanjem na radu, bez obzira u kojoj sferi je zaposlen, i da je zbog toga veoma teško odrediti tipičan profil žrtve. Pojedinac se sistematski napada i ponižava kako bi se uskratili socijalni kontakti, stvorili uslovi izolovanosti i bespomoćnosti. Posledice takvog stanja odražavaju se, kako na žrtvu zlostavljanja na radu, tako i na privredna društva, ali i društvo u celini. Dakle, ne radi se samo o pojedincu već o društvu u celini pri čemu nastaju ogromni gubici, i to na tržištu rada, socijalnom, zdravstvenom i penzionom osiguranju, itd. Zbog toga se problemom zlostavljanja na radu ne bavi samo sindikat koji institucionalno štiti prava radnika već i sama država.[15]

Ne postoji stručna definicija zlostavljanja na radu, već se brojna objašnjenja ovog pojma uglavnom vezuju za nabrajanje manifestnih pojava.[16] Zlostavljanje na radu je psihološki teror u poslovnom životu i odnosi se na neprijateljsku i neetičku komunikaciju i maltretiranja, koja su usmerena na sistematičan način od jednog ili više pojedinaca, uglavnom prema jednom pojedincu, koji je zbog zlostavljanja na radu stavljen u poziciju u kojoj je bespomoćan i u nemogućnosti da se odbrani. To se radi s visokom učestalošću najmanje šest meseci, što dovodi do značajne, već pomenute mentalne, psihosomatske i socijalne patnje žrtvi.[17] Posledice nerešavanja, odnosno nesprečavanja zlostavljanja na radu mogu prouzroko-

[14] When working becomes hazardous, http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/magazine/26/violence.htm, 21. jun 2018.

[15] Miroslav Vrhovšek, Žaklina Spalević, "Ostvarivanje prava na zaštitu od zlostavljanja na radu", *Pravna Riječ -Časopis za pravnu teoriju i praksu* 27/2011, 465-469.

[16] Branko Lubarda, "Ostvarivanje i zaštita socijalnih prava", *Pravni život* 11/2010, 766-767.

[17] European foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Fourth European Working Conditions Survey (2005), *www.eurofound.eu/ewco/surveys*, 21. maj 2018.

vati značajne troškove kako za pojedinca, tako i za poslodavca, ali i društvo u celini. Naime, zlostavljanja na radu ugrožavaju bezbednost i zdravlje na radu, osnov su učestalih bolovanja i izostanaka zaposlenih sa rada i stvaraju lošu radnu i komunikacionu atmosferu u radnoj sredini.[18]

Prevencija zlostavljanja na radu se organizuje u faze ili dela, koji se definišu kao: primarna, sekundarna i tercijalna prevencija.[19] Cilj primarne prevencije je sprečavanje pojave novih patoloških slučajeva uzrokovanih zlostavljanjem na radu. Veoma je važno naglasiti da će adekvatno ulaganje u prevenciju imati višestruke koristi za privredno društvo. Smanjenje bolovanja, smanjenje broja grešaka i nezgoda u radu, radni učinak će samim tim biti kvalitetniji što će dati i pozitivniju sliku same firme u društvu.[20] Sekundarna prevencija podrazumeva da je zlostavljanje na radu već počelo i da treba preduzeti adekvatne i nedvosmislene akcije u cilju njegovog eliminisanja. (čl. 16, st. 1 ZSZR). U tercijalnoj fazi prevencije posledice zlostavljanja na radu su već vidljive kako na žrtvi tako i na celom kolektivu, te se postavlja pitanje zbog čega se onda govori o prevenciji kada je šteta već učinjena. U okviru zakona treba obuhvatiti: preventivne mere za smanjenje pojave zlostavljanja na radu koje bi bile obavezujuće za firmu; zaštitu radnika koji se organizuju za samopomoć u borbi protiv zlostavljanja na radu i nagrađivanje poslodavaca koji na pojavu zlostavljanja na radu odgovaraju spremnošću, pravednošću i efikasnošću; adekvatnu pomoć žrtvama zlostavljanja na radu u obliku odštete i kada je to moguće povratak na radno mesto; kao i sankcionisanje agresora i poslodavaca koji su dopustili zlostavljanje.[21]

VRSTE ZAŠTITE OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU

S obzirom na posledice i delikatnost u postupku, propisano je više različitih pravnih puteva za ostvarivanje zaštite od zlostavljanja na radu, koja se može ostvariti kod poslodavca i u sudskom postupku.

Zaštita od zlostavljanja vrlo je detaljno uređena u ZSZR. Pre svega, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, pre podnošenja tužbe sudu, obavezno

[18] M. Vrhovšek, Ž. Spalević, 465-469.

[19] Europaische Stiftung zur Verbesserung der Lebens - und Arbeitsbedingungen, "*Praventi-on von Gewalt und Belastigung am Arbeitsplatz*", Informationsblatt, EF/03/30/DE.

[20] M. Vrhovšek, Ž. Spalević, 465-469.

[21] *Ibid.*

treba da pokuša da ostvari zaštitu od zlostavljanja u postupku kod poslodavca,[22] i to tako što će poslodavcu, ako se za zlostavljanje ne tereti preduzetnik kao fizičko lice, odnosno direktor kao odgovorno lice kod poslodavca, podneti zahtev za zaštitu od zlostavljanja neposredno tom licu (čl. 13, st. 1). Zahtev za pokretanje postupka podnosi lice koje smatra da je izloženo zlostavljanju, a uz njegovu pisanu saglasnost, zahtev može podneti i predstavnik sindikata, lice nadležno za poslove bezbednosti i zdravlja na radu, predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu ili odbor za bezbednost i zdravlje na radu (čl. 13, st. 2).

Međutim, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ("poslodavca sa svojstvom fizičkog lica") ili direktora pravnog lica, ima dve mogućnosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, i to da preduzetniku, odnosno direktoru podnese zahtev za pokretanje postupka posredovanja kod tog poslodavca ili da podnese tužbu sudu protiv poslodavca bez prethodnog pokretanja postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca (čl. 14, st. 2).

Zaštita od zlostavljanja kod poslodavca

Zahtev za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca može se podneti u roku od šest meseci od dana kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje. Istekom istog, pravo na pokretanje postupka zastareva, uz napomenu da za vreme trajanja roka za podnošenje zahteva i za vreme vođenja postupka posredovanja ne teku rokovi zastarelosti propisani Zakonom za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povrede radne dužnosti (čl. 22 st. 1, 2 i 3).

Po prijemu zahteva za zaštitu od zlostavljanja, poslodavac, odnosno ovlašćeno lice kod poslodavca je dužno da, u roku od tri dana od dana prijema zahteva za zaštitu od zlostavljanja, stranama u sporu predloži posredovanje kao način rešavanja spornog odnosa i da predloži da izaberu posrednika, odnosno lice sa spiska posrednika kod poslodavca, ukoliko postoji, ili sa drugog spiska, odnosno da predloži posrednika za konkretni slučaj (čl. 15, st. 1 i 3 i čl. 16, st. 2).

U istom roku poslodavac može da prihvati zahtev za posredovanje kada se za zlostavljanje tereti preduzetnik, odnosno direktor ili lice koje su oni ovlastili (čl. 15, st. 2).

---

[22] Vesna Bilbija, "Postupak zaštite od zlostavljanja na radu kod poslodavca", *Pravni život* 11/2014, 535–549.

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, zaposleni koji se tereti za zlostavljanje i predstavnik poslodavca, odnosno poslodavac i zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, sporazumno određuju ili biraju lice za vođenje postupka posredovanja, u roku od tri dana od dana prijema predloga poslodavca (čl. 15, st. 3).

Ako se strane u sporu i poslodavac, odnosno ovlašćeno lice kod poslodavca ne sporazumeju o određivanju, odnosno izboru posrednika, u roku od tri dana, poslodavac, odnosno ovlašćeno lice kod poslodavca dužno je da, bez odlaganja, podnosiocu zahteva i zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju, a nije podnosilac zahteva, dostavi pisano obaveštenje da postupak posredovanja nije uspeo zato što nije postignut sporazum o određivanju, odnosno izboru posrednika (čl. 20).

Od dana dostavljanja obaveštenja da postupak posredovanja nije uspeo iz pomenutih razloga, teče rok od 15 dana za podnošenje tužbe sudu za zaštitu od zlostavljanja (čl. 29, st. 2).

U istom roku poslodavac može da prihvati zahtev za posredovanje kada se za zlostavljanje tereti preduzetnik, odnosno direktor ili lice koje su oni ovlastili (čl. 15, st. 2). Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, zaposleni koji se tereti za zlostavljanje i predstavnik poslodavca, odnosno poslodavac i zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, sporazumno određuju ili biraju lice za vođenje postupka posredovanja, u roku od tri dana od dana prijema predloga poslodavca (čl. 15, st. 3). Ako se strane u sporu i poslodavac, odnosno ovlašćeno lice kod poslodavca ne sporazumeju o određivanju, odnosno izboru posrednika, u roku od tri dana, poslodavac, odnosno ovlašćeno lice kod poslodavca dužno je da, bez odlaganja, podnosiocu zahteva i zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju, a nije podnosilac zahteva, dostavi pisano obaveštenje da postupak posredovanja nije uspeo zato što nije postignut sporazum o određivanju, odnosno izboru posrednika (čl. 20). Od dana dostavljanja obaveštenja da postupak posredovanja nije uspeo iz pomenutih razloga, teče rok od 15 dana za podnošenje tužbe sudu za zaštitu od zlostavljanja (čl. 29, st. 2).

Sudska zaštita od zlostavljanja na radu

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili odgovornog lica u pravnom licu, može protiv poslodavca da podnese tužbu pred

mesno nadležnom višem sudu[23] do isteka roka zastarelosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, odnosno u roku od šest meseci od dana kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje (čl. 29, st. 1 ZSZR). Dakle, u našem pravu pasivno je legitimisan poslodavac,[24] što znači da se tužbom ne obuhvata zlostavljač, koji ipak može učestovati u postupku, ali kao umešač na strani tuženog poslodavca[25] i njegove parnične radnje imaju pravno dejstvo za stranku kojoj se pridružio ako nisu u suprotnosti sa njenim radnjama.(čl. 217, st. 4 ZPP). U uporednom pravu, međutim, (Nemačka i Francuska), mogu biti pasivno legitimisani i poslodavac i zlostavljač. Poslodavac će odgovarati samo u slučaju da je bio obavešten (znao ili morao znati) o mobingu koji se dešava u preduzeću, a nije preduzeo sve mere da ga spreči, odnosno, koji je propustio da izvrši svoju dužnost organizovanja rada na način koji isključuje, odnosno, smanjuje mogućnost pojave mobinga. Tužilac može tražiti naknadu štete i od poslodavca i od zlostavljača, pri čemu je njihova odgovornost samostalna.[26]

Tužbom koju podnosi zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili odgovornog lica u pravnom licu, ne može se pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa, s obzirom da protiv tog akta zaposleni ima pravo na sudsku zaštitu (čl. 29, st. 3 ZSZR).[27] Teret dokazivanja da

[23] Saglasno čl. 23, st. 1, tač. 7 Zakona o uređenju sudova - ZUrS, Službeni glasnik RS, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 40/2015, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, viši sud u prvom stepenu sudi u sporovima za zaštitu od zlostavljanja na radu, a takođe i od diskriminacije.

[24] U sudskoj praksi zauzet je stav o pasivnoj legitimaciji poslodavca kod koga je tužilac upućen na rad, ili kod koga obavlja privremene i povremene poslove ili je na drugi način angažovan van radnog odnosa, po ugovoru o delu ili drugom ugovoru (Iz rešenja Apelacionog suda u Beogradu Gž1 3903/14 od 03.12.2014, *Pravni informator* 12/2016, 37).

[25] Vladimir Kozar, Vesna Bilbija, "Prohibition of Discrimination and Prevention of Abuse at Work as a Right and Obligation Serbian Legislation", Employment, Education and Entrepreneurship (ed. Slavko Karavidić), Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade 2015, 335; Vesna Bilbija, "Sudska zaštita od mobinga", Radno-pravni savetnik 11/2017, 31–47. 33

[26] Mirjana Popović, "*Sporna pitanja u primeni Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu,*" Pravni život 7-8/2013, 96.

[27] Prema stavu sudske prakse, tužbom radi sprečavanja zlostavljanja na radu ne može se pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešeno o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa (iz rešenja Apelacionog suda u Beogradu Gž1 1066/15 od 03.06.2016, *Pravni informator* 12/2016, 31 – 33). Međutim, u tužbi za ocenu zakonitosti pojedinačnog akta poslodavca, kojim je rešavano o pravima odgovornostima i obavezama uzbunjivača po osnovu rada, po posebnim propisima, uzbunjivač može istaći navod da pojedinačni akt poslodavca

nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu, ako zaposleni kao tužilac u toku postupka učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje (čl. 31 ZSZR).[28] Na ovaj način načinjen je izuzetak od opšteg pravila o teretu dokazivanja u parničnom postupku - *actori incumbit probation* iz čl. 231 ZPP,[29] s tim što je uslov za "prenos tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog" da tužilac učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje.[30] Dakle, za uspeh u sporu propisana je verovatnost, što je manji stepen dokazanosti, od izvesnosti, koja je potrebna za usvajanje tužbenog zahteva u parnicama koje se vode prema pravilima opšteg parničnog postupka. Možda nije u pitanju "*probatio diabolica*" ali će za poslodavca biti đavolski teško da, ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, dokaže nepostojanje relevantnih činjenica da je mobinga zaista bilo. U ovom sudskom sporu ni strana koje je u njemu uspela, ne može se nazvati pobednikom. U stručnoj literaturi se istuče da su "u društvima visokoindustrijalizovanog sveta Zapada, mesta rada ostala jedina poprišta borbe (eng. *battlefield*), gde se ljudi mogu međusobno "ubijati" bez rizika da zbog toga budu izvedeni pred sud.[31]

Zakon ne propisuje dokaze, što znači da su u parničnom postupku dozvoljena sva dokazna sredstva, npr. svedoci, isprave i sl, za razliku od krivičnog postupka koji zabranjuje korišćenje nekih dokaza, s obzirom na način na koji su pribavljeni. Međutim, postavlja se pitanje da li je dozvoljeno da zaposleni - žrtva mobinga snimi razgovor sa izvršiocem mobinga, kako neki autori preporučuju.[32]

---

predstavlja štetnu radnju u vezi sa uzbunjivanjem. Vid. Vesna Bilbija, "Zakonsko i podzakonsko regulisanje zaštite uzbunjivača, ključni aspekti", Pravni informator 7-8/2016, 40 – 46.

[28] Prema stavu sudske prakse, zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa može biti predmet spora radi zaštite od zlostavljanja na radu samo ukoliko tužilac u smislu odredbe čl. 31 ZSZR, učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje na radu u smislu čl. 6 ovog zakona, odnosno da su radnje odgovornog lica tuženog, a usled kojih je došlo do raspoređivanja tužioca na novo radno mesto, koje ona kvalifikuje kao nezakonito, imala za cilj ili predstavljaju povredu pravno zaštitnih dobara iz čl. 6 (iz presude Apelacionog suda u Beogradu Gž1 592/15 od 09.12.2015, *Pravni informator* 12/2016, 33–35)

[29] Vladimir Kozar, Vesna Bilbija, "Prohibition of Discrimination and Prevention from Abuse at Work: As a Right and an Obligation - Serbian Legislation", *Universal Journal of Management* Vol. 5(4)/2017, 165–174.

[30] Iz presude Apelacionog suda u Beogradu Gž1 592/15 od 09.12.2015, *Pravni informator* 12/2016, 33–35.

[31] B. Lubarda, (2010), 753-775. (767)

[32] David Wornham, "A descriptive investigation of morality and victimization at work", *Journal of Business Ethics* vol. 45 (1-2)/2003, 29-40.

Pitanje zakonitosti tako pribavljenih dokaza s obzirom na obim ustavne zaštite, treba utvrditi u svakom pojedinom slučaju, što se objašnjava činjenicom da učesnici dobrovoljno stupaju u međusobnu komunikaciju, učestvuju i prekidaju je.[33]

Pravo da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka posredovanja, odnosno zaštite od zlostavljanja kod poslodavca. U ovom slučaju, rok za podnošenje tužbe je 15 dana od dana dostavljanja obaveštenja o tome da strane u sporu nisu odredile, odnosno izabrale posrednika, ili da je jedna od strana u sporu odustala od daljeg postupka, odnosno odluke o obustavljanju od postupka kada posrednik, posle konsultacije sa stranama u sporu oceni da dalji postupak nije opravdan (čl. 29, st. 2 ZSZR). U ovom roku zaposleni može podneti tužbu i ako nije zadovoljan ishodom postupka za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog koji se tereti za zlostavljanje.

S obzirom da sporovi koji nastaju zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom predstavljaju radne sporove[34] za koje ZSZR nisu predviđena posebna pravila, u sporovima za ostvarivanje sudske zaštite zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom, shodno se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak (čl. 29, st. 5 ZSZR). Reč je o posebnoj vrsti parničnog postupka, koji je uređen odredbama čl. 436 - 441 Glave XXIX Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 (Odluka Ustavnog suda), 74/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, pod nazivom Postupak u parnicama iz radnih odnosa. Odredbe ove glave imaju prvenstvo, a odredbe opšteg dela zakona primenjuju se supsidijarno i shodno, dakle samo ako u odredbama ove glave nije drugačije propisano.[35]

U postupku pred nadležnim sudom zaposleni, koji smatra da je izložen zlostavljanju može na osnovu čl. 30 ZSZR, da zahteva: utvrđivanje da je pretrpeo zlostavljanje; zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabranu daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja; izvršenje radnje radi uklanjanja posledica zlostavljanja; naknadu materijalne i nematerijalne štete, koju mu odgovorno lice ili zaposleni vršeći zlostavljanje prouzrokuje, za koju odgova-

[33] Senad Jašarević, "Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad* 1-2/2008, 543-548.

[34] Spor po tužbi zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom protiv poslodavca jeste radni spor (čl. 29, st. 5 ZSZR).

[35] Vladimir Kozar, "Protection of labour and employment rights in civil procedure", *Employment, Education and Entrepreneurship* (ed. Slavko Karavidić) Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade 2013, 216–227

ra poslodavac (čl. 9, st 1 ZSZR)[36]; objavljivanje presude donete povodom podnetih tužbi.

Zakon nije izričito propisao da li se u tužbi moraju kumulativno istaći svi navedeni zahtevi, ali se s obzirom da je upotrebljena reč "može", a ne reč "mora", nameće zaključak da je broj i izbor vrste zahteva u dispoziciji tužioca. Postoje i suprotna mišljenja prema kojim "presuda mora uvek sadržati deklaratornu preambulu, kojom se konstatuje postojanje mobinga, kao pravni osnov za izvršenje drugih zahteva"[37] što znači da bi i tužba morala da sadrži zahtev za utvrđivanje da je tužilac pretrpeo zlostavljanje, jer sud odlučuje u granicama zahteva koji su postavljeni u postupku (čl. 3, st. 1 ZPP).

Postupak pred sudom je hitan. Postupak se može pokrenuti u roku od 15 dana, a sud je dužan da tužbu sa prilozima dostavi tuženom na odgovor u roku od 15 dana od dana prijema tužbe (čl. 32 ZSZR).

I u toku sudskog postupka sud može, po predlogu stranke ili po službenoj dužnosti, odrediti privremene mere radi sprečavanja nasilnog ponašanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete, u koje naročito spadaju zabrana približavanja, kao i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog,[38] koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju. Sud će odluku o određivanju privremene mere doneti u roku od osam dana od dana predaje predloga, a protiv pomenutog rešenja nije dozvoljena posebna žalba (čl. 33 ZSZR), što znači da se rešenje o određivanju privremene mere može pobijati samo žalbom protiv odluke o glavnoj stvari, dakle žalbom protiv presude kojom je odlučeno o tužbenom zahtevu.

U slučaju izostanka tuženog sa ročišta za glavnu raspravu mora da održi ročište i da "odluči na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja" (čl. 440, st. 2 ZPP), odnosno da donese meritornu odluku – presudu čime se postiže značajno ubrzanje postupka Zbog značaja ovih vrsta sporova, velikog broja predmeta i potrebe njihovog hitnog rešavanja iz savremenog uporednog prava,[39] na ovaj način preuzeta je i uvedena "presuda na osnovu do tada utvrđenog činjeničnog stanja".[40] Pri-

[36] Vladimir Vrhovšek, Vladimir Kozar, "Naknada materijalne i nematerijalne štete fizičkim i pravnim licima u pravu Republike Srbije", *Pravni život* 10/2016, 737–750.

[37] Olga Kićanović, *Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu*, Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije, Beograd 2011, 54.

[38] B. Urdarević, Z. Radulović, 358

[39] Vesna Bilbija, "Suđenje u razumnom roku u parnicama iz radnih odnosa kroz praksu Evropskog suda pravde i praksu domaćih sudova", *Pravni život* 11/2016, 377–388.

[40] Zvezdana Lutovac, "Novine u zakonu o parničnom postupku – novi ZPP", *Bilten vrhovnog kasacionog suda* 3/2011, 115

likom tumačenja uslova za donošenje presude "na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja", treba imati u vidu uvođenje principa afirmativne litiskontestacije.[41]

Kada su u pitanju sporovi o radno-pravnom statusu (o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa), revizija je uvek dozvoljena, dakle bez obzira na vrednost predmeta spora označenu u tužbi (čl. 441 ZPP).[42] Međutim, u radnom sporu zbog zlostavljanja na radu revizija se može izjaviti samo po pravilima iz opšteg parničnog postupka, dakle u zavisnosti od vrednosti predmeta spora,[43] što je u pravnoj teoriji ocenjeno kao propust zakonodavca, koji bi trebalo otkloniti izmenom zakona, tako da bi revizija bila uvek dozvoljena u sporu radi zaštite od mobinga.[44] Za razliku od našeg prava i prakse domaćih sudova, koji po pravilu odmeravaju male iznose naknade nematerijalne (neimovinske) štete, daleko niže od vrednosti koja omogućava izjavljivanje revizije, u uporednom pravu zaštitu žrtvi mobinga, zaposlenom licu koje je prijavilo korupciju, odnosno nezakonitost u radu poslodavca kojom se ugrožava javni interes, pružaju specijalizovane upravne agencije i sudovi, uz mogućnost dosuđivanja visokog iznosa naknade neimovinske štete, koja nema samo za cilj satisfakciju žrtvi mobinga zbog pretrpljenog duševnog bola već i funkciju privatne kazne sa snažnim odvraćajućim dejstvom.[45]

Tako, u američkom radnom pravu, saglasio Zakonu o građanskim pravima iz 1991. godine, ako je sloboda rada povređena iz diskriminatorskih razloga (praćena namerom), sud može da dosudi i tzv. kaznenu naknadu (eng. *punitive damage*). Na taj način ostvaruje se načelo da sloboda rada mora biti i efektivno zaštićena.[46]

U slučaju otvaranja stečaja nad poslodavcem, koji je pravno lice, dolazi do atrakcije stvarne i mesne nadležnosti u korist privrednog suda koji sprovo-

[41] M. Vrhovšek, V. Kozar, (2012), 857-881.

[42] Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar, "Sudska zaštita subjektivnih prava iz radnog odnosa po novom Zakonu o parničnom postupku", *Pravo i usluge* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2012, 857–881.

[43] Revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijenog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (čl. 403, st. 2 ZPP).

[44] B. Urdarević, Z. Radulović, 359

[45] Branko Lubarda, "Mobing/Buling na radu - Zlostavljanje/zastrašivanje na radu - pravni aspekti, uz osvrt na medicinske, psiho-socijalne i ekonomske aspekte", *http://sindikalizam.org/wp-content/uploads/2014/09/Lubarda-Branko.-2008.-Mobing-Buling-na-radu.pdf*, 5. jul 2018. 48

[46] Branko Lubarda, "Kaznena naknada", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4-6/1998, 382-409.

di stečajni postupak,[47] koji će prilikom suđenja i odlučivanja o tužbenom zahtevu takođe primenjivati pravila posebnog postupka u radnim sporovima zbog zlostavljanja na radu, a ne pravila postupka u privrednim sporovima (ZPP, čl. 480, st. 1).[48] Po ugledu na izuzetak od atrakcije stvarne nadležnosti, koji je u zakonu propisan za statusne radne sporove,[49] što je posledica je opredeljenja zakonodavca da se radni sporovi sprovedu sa što manje odugovlačenja u skladu sa načelom hitnosti, koje može biti narušeno nastupanjem procesno-pravnih posledica otvaranja stečaja, a što bi doveli i do povrede prava na suđenje u razumnom roku,[50] potrebno je izmeniti zakon i predvideti isto pravilo i za sporove o nenovčanim zahtevima zbog zlostavljanja na radu, što bi omogućilo višem sudu kome je tužba podneta pre otvaranja stečaja, da zadrži nadležnost, dok bi stečajni – privredni sud bio nadležan samo za novčane zahteve (naknadu materijalne i nematerijalne štete) kako bi se ostvarilo jedno od glavnih načela stečaja - jednak tretman poverilaca (*par conditio creditorum*).[51] Radi ocene poštovanja prava na ekspeditivan (brz) postupak i sudsku odluku u razumnom roku značajno je napomenuti da se u postupcima u radnim sporovima početak toka postupka ne računa od podnošenja tužbe sudu, već je pomeren na početak vođenja disciplinskog postupka.[52]

Kada je u pitanju sudski spor radi zaštite od zlostavljanja na radu, kome obavezno prethodi postupak posredovanja,[53] sledi zaključak da bi početak toka

[47] Zakon o stečaju – ZS, Službeni glasnik RS, br. 104/09, 99/11, 71/12 (Odluka Ustavnog suda), 83/14, 113/17, 44/18, u čl. 91, st. 3 propisuje potpunu atrakciju nadležnosti koja obuhvata i stvarnu i mesnu nadležnost, u slučaju kada se parnični postupak vodi pred sudom opšte nadležnosti (osnovnim ili višim sudom). Odredba o atrakciji stvarne nadležnosti u sporovima povodom stečaja postoji i u čl. 25, st. 1, tač 4 ZUrS.

[48] Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar, "Posebna pravila postupka u privrednim sporovima", *Pravni život* 12/2005, 87-104.

[49] Novelom ZUrS koja se primenjuje od 1. januara 2014. godine, izričito je isključena atrakcija stvarne nadležnosti privrednog suda u statusnim radnim sporovima u kojima je tužba za utvrđenje postojanja, zasnivanja i prestanka radnog odnosa podneta pre otvaranja stečaja.

[50] Vesna Bilbija, "Pravo na suđenje u razumnom roku i postupak u parnicama iz radnih odnosa", *Pravo i privreda* 4-6/2016, 704-717.

[51] Stefan Albrecht Riesenfeld, *Bankruptcy, https://www.britannica.com/topic/bankruptcy#ref 248841,* 27.04.2018

[52] Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima Komentar,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu - Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2016[1], 211 fan. 1029.

[53] Kada se za mobing ne tereti preduzetnik kao fizičko lice, odnosno direktor kao odgovorno lice kod poslodavca – pravnog lica, postupak zaštite od zlostavljanja kod poslodavca obavezno prethodi sudskom postupku zaštite. Sud bi trebalo da odbaci tužbu radi zaštite od zlostavljanja na

postupka trebalo da se računa od dana podnošenja zahteva za zaštitu od zlostavljanja.

ZAKLJUČAK

Zakonom se obezbeđuje celovit sistem zaštite od zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, koji obezbeđuje. Njegova dosledna primena treba da obezbedi rad u zdravoj radnoj okolini, uslove rada u kojima se poštuje dostojanstvo ličnosti, veću motivaciju i efikasnost rada, timski rad i bolju poslovnu saradnju, a kao krunu svega, uspešnost poslodavca.

Radi efikasnijeg sprečavanja zlostavljanja na radu, diskriminacije i zaštite uzbunjivača, potrebno je obezbediti pravne instrumente za lakše dokazivanje, a time i predupređivanje i sankcionisanje navedenih pojava, kao i edukaciju i organizovanje medijskih kampanja i besplatne pomoći.

Zaštita od zlostavljanja može ostvariti kod poslodavca i u sudskom postupku.

Zaposleni, koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili direktora pravnog lica, ima pravo da podnese tužbu protiv poslodavca, koji je pasivno legitimisan, bez obaveze prethodnog pokretanja postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca. Zaštita od zlostavljanja na radu ostvaruje se pred višim sudom, kao sudom opšte nadležnosti, u skladu sa posebnim pravilima postupaka u parnicama iz radnih odnosa. Teret dokazivanja prebačen je na poslodavca, ako zaposleni toku postupka učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje.

Radni spor radi zaštite od zlostavljanja na radu pokreće se podnošenjem tužbe protiv poslodavca, koji je pasivno legitimisan, s tim što zlostavljač, može učestovati u postupku kao umešač na strani tuženog. Propisane su vrste zahteva koji se mogu postaviti u postupku, uključujući i naknadu materijalne i nematerijalne štete. Revizija kao vanredni pravni lek, dozvoljena je po pravilima iz opšteg parničnog postupka, u zavisnosti od vrednosti predmeta spora. U slučaju otvaranja stečaja nad poslodavcem, koji je pravno lice, dolazi do atrakcije stvarne i mesne nadležnosti u korist privrednog suda koji sprovodi stečajni postupak.

---

radu čijem podnošenju nije prethodio obavezni postupak posredovanja, iako u slučaju ove procesne smetnje zakonom nije izričito propisana takva pravna posledica.

VLADIMIR VRHOVŠEK, Judge of the High Court in Belgrade
VLADIMIR KOZAR, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law for Commerce
and Judiciary in Novi Sad,
University Business Academy in Novi Sad

PROTECTION FROM HARASSMENT
– Mobbing at work –

Summary

The authors presented a comprehensive system of protection against ill-treatment at work and in connection with work, which is provided by the Law on the Prevention of Harassment at the Workplace. Its consistent application should provide work in a healthy working environment, working conditions that respect the dignity of a person, greater motivation and efficiency of work, team work and better business cooperation, and as a crown of everything, the success of the employer.

For the purpose of more efficient prevention of harassment at work, discrimination and the protection of whistle-blowers (who have the right to express their opinion as an employee - whistle-blower, which is of particular importance for the suppression of corruption), it is necessary to provide: legal instruments for easier proof, and thus prevention and sanctioning of these phenomena; education of employers, employees and their representatives on their rights, obligations and responsibilities in the field of work; organizing media campaigns and free aid in order to familiarize employees with their rights and encourage every occurrence of ill-treatment at work and discrimination of reporting to competent authorities, as well as to have the right to their free opinion.

Protection from harassment can be achieved with the employer and in court proceedings. An employee, who considers that he/she has been subjected to ill-treatment by an entrepreneur or director of a legal entity, has the right to file a lawsuit against the employer, who has passive legitimation, without the obligation to initiate proceedings for the protection against ill-treatment by the employer. Protection from harassment at work is exercised before the high court, as a court of general jurisdiction, in accordance with the special rules of procedure in litigation from labor relations. The burden of proof is transferred to the employer if the employee, during the course of the proceedings, makes it probable that there has been harassment.

IVICA LAZOVIĆ

PRAVO NA ŠTRAJK U REPUBLICI SRBIJI

– U susret novom Zakonu o štrajku –

U V O D

Štrajk kao pojava ima važno mesto i ulogu u uređivanju i međusobnom regulisanju odnosa socijalnih partnera: zaposlenih, poslodavaca i države. Zbog toga je fenomen štrajka predmet interesovanja ne samo u teoriji i praksi prava, posebno radnog prava, već i mnogih društvenih nauka koje se njime bave na temeljan i analitičan način. Pojava štrajka se obično vezuje za borbu radnika sa svetom kapitala za svoja prava, kao i istorijski za vreme nastanka kapitalizma. Ipak, suštinski štrajk predstavlja znatno stariji pojavu. Štrajk je nastao kao neorganizovano i stihijsko sredstvo borbe radnika, koje se postepeno razvijalo u organizovan i efikasan oblik borbe, često za osnovna egzistencijalna prava i njihov opstanak koji zadire u pitanja prava biološkog opstanka, jer se često odnosio na ostvarivanje bilo kakve zarade i drugih materijalnih primanja.

Iako se štrajk javlja u svim društvima i političkim sistemima, sve države bez obzira na svoje društveno uređenje, su mu se suprostavljale i pokušavale da ga ograniče. Tako je štrajk zabranjivan, a u mnogim sistemima smatran krivičnim delom i delom zavera protiv države. Vremenom, kako štrajk dobija na znača-

---

Dr Ivica Lazović, Zamenik direktora u Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova, Beograd.

ju i kako se javljaju redovno masovni štrajkovi kao normalna pojava, ublažuje se i stav prema njemu, pa umesto krivičnog dela, on postepeno počinje da se smatra građanskim deliktom. Kroz dalju evaluaciju i usložnjavanje fenomena štrajkova, države postupno počinju da ga smatraju za legalnu pojavu i počinje postepeno da se priznaje kao posebno pravo. To pravo nalazi svoje mesto i u najvišim pravnim aktima, ustavima ili zakonima. Sve to se dešava u 19. veku, pa bi se i moglo reći relativno kasno. Uviđa se, zbog masovnosti i organizovanosti štrajkova, da je po političko-pravne sisteme povoljnije da se štrajk prizna, u odnosu na ograničavanja i zabrane ovog fenomena. Tako da se štrajk najpre priznaje u vidu slobode štrajka, a kasnije se priznaje i pravo na štrajk.[1] Sve navedeno, istorijskim razvojem i usložnjavanjem procesa je dovelo do toga, da se pravo na štrajk smatra jednim od osnovnih ljudskih prava ekonomske slobode, bitnim u određivanju stepena demokratičnosti jednog društva, te se uređuje na najvišem stepenu, ustavom i zakonima.

Legalizacijom štrajka javljaju se i uslovi pod kojima je on prihvatljiv kao zakonit, te se tako javlja i restrikcija prava na štrajk i njegova institucionalizacija. Ostvarivanje prava na štrajk se ograničava na različite načine, kao što su antištrajk klauzule u kolektivnim ugovorima o radu kojima se propisuje obaveza socijalnog mira i ograničava pravo sindikata na štrajk u vreme trajanja zaključenog kolektivnog ugovora, ili se propisuje obaveznost pristupanja mirnim metodama rešavanja kolektivnih sporova, ili se vrši kontrola zakonitosti štrajkova putem inspekcija, sudova i slično.

Sve navedeno indikuje da ostvarivanje prava na štrajk u svim društvima, pa i u našem, izuzetno je složena pojava koja zahteva multidisciplinarni pristup, ovoj temi, pravni, enomski, politički, sociološki i psihološki.

Mi ćemo se u ovom radu baviti fenomenom štrajka u pravnom sistemu u Republici Srbiji, kako se pravo na štrajk ostvarivalo i ostvaruje u našem pozitivnom pravu, ali i mogućim pravcima daljeg razvoja koje bi trebalo da donese novi zakon o štrajku.

Štrajk u teoriji i istorijskoj perspektivi

Štrajk ima svoje korene u pravu svakog pojedinca da izrazi svoje nezadovoljstvo i svoj protest, te ima mnogo dužu tradiciju i istoriju nego što se to obično misli. Tako se kao najstariji poznati štrajk u izvorima pominje štrajk koji se dogo-

[1] B. Lubarda, O konceptu prava na štrajk u uporednom i međunarodnom pravu, Radno i socijalno pravo, br. 1-3, 1997,Beograd strana, 253-254.

dio u drevnom Egiptu, i to u 12. veku p.n.e. za vreme Novog Kraljevstva, za vreme vladavine faraona Ramzesa III, a o štrajku je sačuvan papirus u kojem se detaljno opisuje. Ovaj štrajk je počeo jer su radnici koji su gradili Kraljevsku grobnicu, odbili da rade zbog kašnjenja nadnica koje su dobijali. Pošto su bili istrajni u zahtevima, štrajk je imao pozitivan epilog i faraon ih je isplatio, ali su ovakvi štrajkovi kasnije obeležili njegovu vladavinu.[2] To je bio prvi poznati štrajk, ali je do doba industrijske revolucije i savremenih štrajkova pređen dug put, obeležen i mnogim drugim štrajkovima kao što su bili npr. štrajk radnika štamparije u Lionu 1539. godine i pobuna lionskih tkača svile 1831. godine.

I na našim prostorima štrajkovi su imali plodno tle, pa se tako govori o štrajku tipografskih radnika Državne štamparije u Beogradu 1842. godine, a početkom 20.veka se štrajkovi učestalije javljaju pa tako 1907. godine se beleže 23 štrajka, 1908.godine je bilo 18 štrajkova, 1909. godine 47 štrajkova i 1910. godine je zabeleženo 47 štrajkova.[3]

Posebno bitan akt u vezi uređenja prava na štrajk u Kraljevini Jugoslavije bila je Uredba o uređivanju minimalnih nadnica, zaključivanju kolektivnih ugovora, pomirenju i arbitraži iz 1937. godine. Ovom uredbom se uređuju kolektivni radni sporovi i utvrđuje se pravo radnika da mogu stupiti u štrajk, ali je ono prethodno uslovljeno obaveznim postupkom pomirenja koji se sastojao iz više stepena, preciznije imao je četiri stepena, što je suštinski otežavalo štrajk, tako da su radnici morali prvo da se obrate nadležnoj opštoj upravnoj vlasti prvog stepena, koja je trebalo da pokuša pomirenje između strana u sporu, a u štrajk su mogli da stupe tek ako taj postupak bude neuspešan i takvim oglašen od strane nadležne upravne vlasti. Takođe, u državnim banatskim i opštinskim preduzećima koja obavljaju javne radove i koja služe opštim javnim interesima, bio je zabranjen štrajk. Ovde su radnici bili dužni da u slučaju neuspeha postupka pomirenja pristupe arbitraži, čija je odluka ima obavezujući karakter. Tako je u ovoj oblasti pored obaveznosti pomirenja postojala i prinudna arbitraža.[4]

U Jugoslaviji nakon Drugog svetskog rata štrajk je mahom bio zabranjen, jer je bilo opšte uverenje da je u suštinskoj suprotnosti sa novim društvenim ure-

[2] Izvor: Arheološki portal, Štrajk radnika u drevnom Egiptu, arheon.org.

[3] S. Jašarević, Rešavanje radnih sporova mirnim putem u teoriji i praksi, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 2000,str. 204.

[4] Ova uredba je objavljena u Službenim novinama Kraljevine Jugoslavije, br. 1133 od 13. februara 1937.

đenjem u kojem je radnička klasa na vlasti. Međutim, iako je formalno bio zabranjen, praktično je Jugoslavija u periodu nakon drugog rata, a posebno krajem sedamdesetih godina, spadala u veoma konfliktne zemlje kada se radi o radnim sporovima i štrajkovima, pa se tako u periodu od 1958. godine do 1990. godine govori o blizu 10.000 različitih štrajkova.

Amandmanima na Ustav SFRJ iz 1974. godine od 1988. godine, pravo na štrajk se ponovo vraća na mala vrata u naš pravni sistem. Rezultat je prvo savezni Zakon o štrajku iz aprila 1991. godine, a u junu 1991. godine je donet i republički Zakon o štrajku, objavljen u Službenom glasniku Republike Srbije.[5]

Kada govorimo o definisanju fenomena štrajka, tu se takođe srećemo sa različitim pristupima, od pozitivno pravnog definisanja, do onih koji su rezultat različitih koncepata prava na štrajk i različitog gledanja na cilj i sam predmet štrajka, kao i razlika u predmetu štrajka. Mogu se naći različiti pokušaju definisanja štrajka,[6] pa tako kod starijih autora, Baltića i Despotovića pod štrajkom se podrazumevaju privremeni kolektivni prekidi rada zaposlenih u cilju vršenja pritisaka na poslodavca da prihvati zahteve zaposlenih tj. sindikata o pitanjima koja su predmet spora. Gotovac štrajk vidi kao prestanak, obustavu rada, uskraćivanje rada poslodavcima i tako zaustavljanje proizvodnih procesa. Ben-Izrael štrajk vidi kao središte pravnog regulisanja industrijskih sukoba i osnov za raspodelu moći rada i kapitala. Higs u štrajku vidi, rezultat neuspešnih pregovora. Tili i Šorter štrajk posmatraju kao instrument radničke klase za političku akciju kako bi impresionirali političke vlasti u zemlji. U današnje vreme mnogu autori u štrajku vide institut koji je imao svoju istorijsku ulogu, ali čije je vreme prošlo, te predstavlja neefikasno sredstvo radne borbe u stanju sveopšte globalizacije, ali i preživelo na dostignutom nivou radnopravnog položaja zaposlenih i stvaranja tako zvanih država blagostanja. U prilog je i globalno slabljenje uloge sindikata i međupovezanosti radničkih udruženja i političkih organizacija. Međutim, prisutni su i stavovi da je uloga štrajka i dalje velika, za zaštitu dostignutog nivoa radničkih prava, koji je dodatno ugroženglobalizacijom.[7]

---

[5] Videti: Službeni glasnik, broj 45/91.

[6] Više videti u: D. Rončević, D. Kostić, Pravne posledice štrajka, Srpska politička misao, Beograd, br. 1/2017, str. 197-212.

[7] Ibid. str. 199.

Kada je reč o vrstama štrajka, tu su moguće različite klasifikacije, te nema teorijskog konsenzusa u pogledu vrste štrajka, a oni se pre svega razlikuju od toga da li je štrajk na nivou poslodavca, dela poslodavca, granski ili generalni štrajk, takođe se mogu razlikovati i u pogledu trajanja, na štrajkove upozorenja, ili štrajk čije trajanje nije unapred određeno, zatim, u odnosu na način vršenja štrajka, on može biti štrajk iznenađenja, kružni štrajk, štrajk tzv. tromboza,zatim profesionalni i politički štrajk, primarni i sekundarni, a posebno bitna podele je na zakonite i nezakonite štrajkove, zbog različitih posledica koje oni mogu imati.[8]

Pored navedenih vrsta štrajkova, imamo i štrajk glađu, koji se dešava kada mentalno zdrava osoba odbija da uzima hranu i tečnost u dužem periodu, kao vid protesta ili vid zahteva i čime se počinje praktični štrajk glađu. Ovaj štrajk ne mora da bude vezan isključivo za radna prava, ali se često dešava da zahtevi štrajkača glađu budu iz oblasti radnih pravna. Iako su podeljena mišljenja o ovoj vrsti štrajka, štrajk glađu je bio predmet uređivanja kroz Maltešku deklaraciju o štrajku glađu.[9]

Bitno pitanje koje je u direktnoj korelaciji sa vrstom štrajka, je pravo poslodavca da da otkaz učesnicima štrajka. Da li je štrajk zakoniti i pitanje otkaza zaposlenima koji učestvuju u štrajkuje imalo kroz vreme različit pristup. To pitanje imao svoju genezu i u našem pravu, a otvoreno je tumačenjem odredaba Zakona o radnjama iz 1931. godine, kada je službodavac mogao da otpustiti službopri-mca pre isteka roka na koji su zaključili ugovor, ukoliko bi odbio da vrši svoje dužnosti, dakle i zbog štrajka. Razvojem radnog prava i odnos prema otkazu zbog učešće u štrajku je promenjen, sa priznavanjem prava na štrajk, tako da je danas uglavnom nelegalno dati otkaz zaposlenom zbog učešće u sindikalnoj akciji i štrajku u cilju unapređenja i zaštite ekonomskih i socijalnih interesa zaposlenih i njihovih profesionalnih organizacija.[10]

Ipak, nije isključena mogućnost zloupotrebe prava na štrajk, pa tako Krivični zakonik Republike Srbije razlikuje dve vrste zloupotrebe prava na štrajk, krivično delo povrede prava na štrajk i krivično delo zloupotrebe prava na štrajk.[11]

---

[8] Videti više: B. Lubarda, Radno pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2012, str. 1016.

[9] Više pogledati: D. Maletić, Štrajk glađu, pravni, etički,socijalni i medicinski aspekti, Pravni fakultet Union, Službeni glasnik, Beograd,2012.

[10] Uporedi: Lj. Kovačević, Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu, Pravni fakultet, Beograd, 2016, str. 540-545.

[11] R. Brković, Zloupotreba prava na štrajk, Radno i socijalno pravo, Beograd, 2/2017.

Međutim, Ustavom Republike Srbije je garantovano pravo na štrajk, koje može biti ograničeno samo zakonom, shodno prirodi ili vrsti delatnosti.[12]

Rešenja u važećem Zakonu o štrajku i ključne kritike

Na početku treba napomenuti da iako je Zakon o štrajku primarni izvor prava, pravo na štrajk ima utemeljenje i u posebnim zakonima koji uređuju pojedine delatnosti, podzakonskim aktima, kolektivnim ugovorima, pa i sudskoj praksi.

Aktuelni Zakon o štrajku donet daleke 1996. godine, sa dve izmene 2005. godine i 2012. godine, uprkos brojnim inicijativama za promenom, a što se pokušava još od 2003. godine, spletom različitih okolnosti ostao je jako dugo u primeni.

Ovim zakonom, određen je pojam štrajka i prema članu 1, štrajk predstavlja prekid rada koji zaposleni organizuju radi zaštite svojih profesionalnih i ekonomskih interesa po osnovu rada. U članu 3. se precizira donošenje odluke o stupanju u štrajk, kao i pravo na organizovanje štrajka kod poslodavca.Štrajk se može organizovati: kod poslodavca, odnosno preduzeću, drugom pravnom licu, odnosno njihovom delu, kod fizičkog lica koje obavlja privrednu ili drugu delatnost ili uslugu, u grani, odnosno delatnosti i kao generalni štrajk. Zakon navodi i štrajk upozorenja koji se određuje kao privremeni prekid rada koji može da traje najduže jedan sat.

Po ovom zakonu Odluka o stupanju u štrajksadrži: zahteve zaposlenih, vreme početka štrajka, mesto okupljanja učesnika i štrajkačkog odbora, koji u ime zaposlenih vodi štrajk i zastupa njihove interese.

Štrajkački odbor je dužan da štrajk najavi dostavljanjem poslodavcu odluke o stupanju u štrajk, najkasnije pet dana pre dana određenog za početak štrajka, odnosno dvadeset četiri časa pre početka štrajka upozorenja. Za svaki novi štrajk učesnici donose novu odluku o štrajku.

Odluku o stupanju u štrajk zaposlenih u grani ili delatnosti, kao i u generalni štrajk, dostavlja se nadležnom organu udruženja poslodavaca, osnivaču i nadležnom državnom organu. Ako se štrajk ispoljava okupljanjem zaposlenih,

[12] Videti: Ustava Republike Srbije, član 61, Službeni glasnik RS, br. 98/06.

mesto okupljanja učesnika u štrajku ne može biti van poslovnih prostorija, odnosno van kruga poslovnog prostora zaposlenih koji stupaju u štrajk.

Zakonom je utvrđena i obaveza učesnika u sporu da otpočnu pregovaranje radi sporazumnog rešavanja spornih zahteva od momenta najave štrajka, koja se nastavlja za vreme štrajka, sve do njegovog okončanja. Pregovore vode štrajkački odbor i predstavnici organa u kojima je štrajk najavljen, poslodavac, osnivač, nadležni državniili organ lokalne samouprave.

Obaveze zaposlenih tokom štrajka su da ne ugrožavaju bezbednost lica i imovine i zdravlja ljudi, da za vreme štrajka sarađuju s poslodavcem radi obezbeđenja minimuma procesa rada, da ne nanose neposrednu materijalnu štetu sredstvima rada i opremi, da ne onemogućavaju nastavak rada po okončanju štrajka, da ne sprečavaju poslodavca da koristi i raspolaže sredstvima kojima obavlja delatnost, da ne sprečavaju zaposlene koji ne učestvuju u štrajku da rade. Za nepoštovanje ovih obaveza propisana je prekršajna i krivična odgovornost.

Osim zaposlenih u štrajku i poslodavac ima propisane obaveze u toku štrajka, a obaveze poslodavca u toku štrajka su sledeće: da u skladu sazakonom ne prima nova lica koja bi zamenila učesnike u štrajku, da obezbedi minimum procesa rada utvrđen opštim aktom, odnosnopropišeminimum rada opštim aktom, da ne sprečava zaposlene da učestvuju u štrajku, da ne upotrebljava mere prinude radi okončanja štrajka i da ne predvidi povoljniju zaradu ili druge povoljnije uslove rada za zaposlene koji ne učestvuju u štrajku.

Za vreme štrajka, zaposleni koji u njemu učestvuju uživaju zaštitu, jer štrajk ne predstavlja povredu radne obaveze, te tako ne može biti osnov za pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske i materijalne odgovornosti, niti osnov za prestanak radnog odnosa. Zaposleni za vreme štrajka ostvaruju osnovna prava iz radnog odnosa, osim prava na zaradu. Poslodavac je dužan da za zaposlene učesnike štrajka plaća doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje.

Štrajk po zakonu prestaje sporazumom strana u sporu ili odlukom sindikata, odnosno većine zaposlenih o prestanku štrajka.

Odredbama člana 9. i 10. Zakona o štrajku, propisano je da, u delatnostima od posebnog društvenog interesa, a navedene su sledeće: elektroprivreda, vodoprivreda, saobraćaj, informisanje, PTT usluge, komunalne delatnosti, proizvodnja osnovnih prehrambenih proizvoda, zdravstvena i veterinarska zaštita, prosveta, društvena briga o deci, socijalna zaštita, zatim u delatnostima od posebnog zna-

čaja za odbranu i bezbednost zemlje koje utvrdi nadležni organ u skladu sa zakonom i poslovi neophodni za izvršavanje međunarodnih obaveza, kao i delatnostima čiji bi prekid rada mogao da ugrozi život i zdravlje ljudi ili da nanese štetu velikih razmera, a to su hemijska industrija, industrija čelika i crna i obojena metalurgija, pravo na štrajk može da se ostvari samo uz obezbeđivanje minimuma procesa rada. Minimum procesa rada za javne službe i javna preduzeća određuje osnivač, a za drugog poslodavca direktor.

U navedenim delatnostima štrajk se najavljuje poslodavcu, osnivaču, nadležnom državnom organu i nadležnom organu lokalne samouprave najkasnije deset dana pre početka štrajka, dostavljanjem odluke o stupanju u štrajk i izjave o načinu obezbeđivanja minimuma procesa rada. Navedene odredbe ovog zakona su možda i najizloženije kritikama, jer već duže vreme preovladava mišljenje da su delatnosti od posebnog društvenog interesa bile preširoko postavljene i za vreme kad je zakon donet, a posebno su neadekvatne u današnje vreme. Treba napomenuti i da je Odlukom Ustavnog suda[13] utvrđeno da odredba člana 18. stav 1. ovog zakona, nije u saglasnosti s Ustavom, a upravo se odnosila na ograničenje prava na štrajk zaposlenima u državnim organima i pripadnicima policije.

Predložena rešenja u Nacrtu Zakona o štrajku i ključna mesta sporenja

Zbog svega navedenog, zbog promena u definisanju prava na štrajk do kojih je došlo donošenjem Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, kao i promena uslovljenih izmenama radnog zakonodavstva i drugih propisa koji pored ostalog regulišu i materiju štrajka, dugo postoje napori da se donese novi Zakonu o štrajku, a radi njegovog usklađivanja sa navedenimpropisima. Takođe, bilo je potrebno uskladiti tekst zakona i sa principima Međunarodne organizacije rada.

Radna grupa koja je radila na aktuelnoj verziji Nacrta Zakona o štrajku, koji je bio na javnoj raspravi u maju 2018. godine, formirana je 9. marta 2016. godine i činili su je predstavnici reprezentativnih sindikata (Savez samostalnih sindikata Srbije i UGS "Nezavisnost"), udruženja poslodavaca (Unija poslodavaca Srbije), Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, resornog ministarstva za pitanja rada, zatim uprave, privrede, prosvete, zdravlja, unutrašnjih

[13] Videti Odlku Ustavnog suda IUz-1442/2010 ("Sl. glasnik RS", br. 103/12).

poslova, pravde i predstavnici stručne javnosti. Radna grupa je održala 19 sastanaka do javne rasprave, na kojima je tekst usaglašavan.

U osnovi, ideja je da Zakon reguliše prava zaposlenih na štrajk, uslove i način organizovanja štrajka, prava i obaveze zaposlenih i poslodavaca za vreme štrajka. Štrajk se zasniva na načelima dobrovoljnosti, mirnog rešavanja spora i saradnje u obezbeđivanju minimuma procesa rada i zaštite bezbednosti, zdravlja i imovine stanovništva.

Po ovom nacrtu, Štrajk može biti organizovan kao štrajk kod poslodavca ili organizacionog dela poslodavca, granski štrajk (u grani, grupi ili delatnosti), štrajk za teritoriju jedinice teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave i kao generalni štrajk (za teritoriju Republike Srbije).

Štrajk upozorenja može se organizovati na svim ovim nivoima, a uvodi se i jedna nova vrsta štrajka, to je štrajk solidarnosti ili podrške, koji se organizuje radi podrške zaposlenima ili sindikatima koji su već u štrajku kod istog poslodavca, u istoj grani, grupi ili delatnosti ili na teritoriji iste jedinice teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, u trajanju od najduže jedan dan.

Definisano je da odluku o stupanju u štrajk donosi nadležni organ sindikata, u skladu sa opštim aktom sindikata ili većina zaposlenih kod poslodavca, odnosno organizacionog dela poslodavca. Odluka sadrži naziv nadležnog organa sindikata koji organizuju štrajk, odnosno ime ovlašćenog predstavnika zaposlenih koji zastupa većinu zaposlenih kod poslodavca, odnosno organizacionog dela poslodavca, vrstu štrajka, odnosno navođenje podrške drugom štrajku, zahteve učesnika u štrajku, vreme početka štrajka, mesto i način sprovođenja štrajka i sastav štrajkačkog odbora. Ukoliko štajk organizuje većina zaposlenih kod poslodavca, odnosno organizacionog dela kod poslodavca, sastavni deo odluke je i spisak sa potpisima zaposlenih.

Štrajk kod poslodavca najavljuje se poslodavcu najkasnije tri radna dana pre dana određenog za početak štrajka; granski štrajk, štrajk za autonomnu pokrajinu i jedinicu lokalne samouprave najavljuje se reprezentativnom udruženju poslodavaca za nivo na kom se štrajk organizuje, osnivaču, odnosnoorganu nadležnom za obavljanje poslova državne uprave u oblasti u kojoj se organizuje štrajk, kao i organu autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave najkasnije pet radnih dana pre dana određenog za početak štrajka; generalni štrajk najavljuje seudruženju poslodavaca, odnosno Vladi najkasnije 10 radnih dana pre dana određenog za početak štrajka; štrajk upozorenja najavljuje se poslodavcu, odnosno udruže-

nju poslodavaca ili osnivaču odnosno organu državne uprave u oblasti u kojoj se organizuje štrajk, odnosno organu autonomne pokrajine ili jedinice loklane samouprave najkasnije 24 časa pre početka štrajka dana određenog za početak štrajka; štrajk solidarnosti najavljuje se poslodavcu, udruženju poslodavaca ili osnivaču odnosno organu državne upraveu oblasti u kojoj se organizuje štrajk, odnosno organu autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave najkasnije dva radna dana pre dana određenog za početak štrajka solidarnosti. U štrajk solidarnosti može da se stupi najranije po isteku roka od dva radna dana od stupanja u štrajk za koji se daje podrška. Ukoliko se bilo koja vrsta štrajka, kako i štrajk upozorenja ili štrajk solidarnosti, organizuje u delatnostima u kojima je pravo na štrajk ograničeno obavezom obezbeđivanja minimuma procesa rada, u tom slučaju štrajk se najavljuje poslodavcu, odnosno udruženju poslodavaca ili osnivaču, najkasnije 10 radnih dana pre dana određenog za početak štrajka.

Novina je da se Odluka o stupanju u štrajk, osim u štrajk solidarnosti, dostavlja se istovremeno i Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova iz razloga vođenja evidencije o štrajkovima, kao i uključivanja Agencije u postupak mirnog rešavanja spora.

Štrajk može da se organizuje u prostorijama poslodavca, u krugu poslovnog prostora poslodavca i na drugi način u skladu sa posebnim zakonom kojim se uređuje okupljanje građana.[14]

Zakon utvrđuje obavezu učesnika u štrajku da pokušaju da sporazumno reše nastali spor ili da pokrenu postupak za mirno rešavanje spora, tako što će poslodavacu roku od dva radna dana od najave štrajka da pozove štrajkački odbor na postizanje sporazuma.

Najteže pitanje je bilo pitanje ispravnog normiranja zabrane štrajka pojedinim kategorijama zaposlenih, ali upoređivanjem posebnih zakona koji uređuju pojedine delatnosti, predloženo je da štrajk bude zabranjen: profesionalnim pripadnicima Vojske Srbije, pripadnicima Bezbednosno-informativne agencije, u zdravstvenim službama koje pružaju hitnu medicinsku pomoć, u kontroli letenja, pripadnicima specijalne i posebnih jedinica policije i u slučajevima propisanim zakonom o policiji.

Nacrt Zakon propisuje i ograničenje prava na štrajk na način da u delatnosti od opšteg interesa štrajk može da se organizuje ako se obezbedi minimum procesa rada kojim se obezbeđuje zaštita života, lične bezbednosti i zdravlja sta-

[14] Zakon o javnom okupljanju ("Sl. glasnik RS", br. 6/16).

novništva ili dela stanovništva. Kao delatnosti od opšteg interesa, propisuju se delatnosti u kojoj prekid rada ili obim trajanja prekida rada može da ugrozi život, ličnu bezbednost i zdravlje stanovništva ili dela stanovništva, a to su delatnosti u oblasti: elektroprivrede, vodoprivrede, saobraćaja, informisanja (radio i televizija), PTT usluga, komunalnih delatnosti, proizvodnje osnovnih prehrambenih proizvoda, zdravstvene i veterinarske zaštite, prosvete, društvene brige o deci i socijalne zaštite.

Posebno zanimljivo je to što je predloženo da se minimum procesa rada, odnosno vrsta i obim obavljanja poslova utvrđuje kolektivnim ugovorom, ako zakonom nije drugačije propisano, a što je novina. Ako minimum procesa rada nije utvrđen kolektivnim ugovorom, poslodavac i sindikat, odnosno većina zaposlenih, treba da pokušaju da postignu sporazum o minimumu procesa rada. Ako se ne postigne navedeni sporazum, minimum procesa rada utvrđuje se odlukom arbitražnog veća koje obrazuje Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova. Arbitražno veće se sastoji od pet arbitra, dužno je da donese odluku u roku od 30 dana od dana pokretanja postupka i njegova odluka je obavezujuća. Predviđeno je da način rada arbitražnog veća bliže se uređuje aktom ministra nadležnog za poslove rada. Navedeno je zanimljivo i originalno rešenje, koje svakako predstavlja posebnu vrednost ovog nacrta zakona.

Takođe, propisano je da poslodavac određuje zaposlene koji su dužni da rade za vreme štrajka radi obezbeđivanja minimuma procesa rada, po pribavljenom mišljenju štrajkačkog odbora i da ne može da odredi članove štrajkačkog odbora da rade, bez saglasnosti štrajkačkog odbora. Propisano je da kada se štrajk organizuje u delatnostima od opšteg interesa, odluka o stupanju u štrajk dostavlja se Agenciji radi učešća u postupku mirnog rešavanja radnog spora. Ukoliko se u roku od 10 dana od dana dostavljanja odluke ne postigne sporazum, zaposleni mogu da stupe u štrajk.

Zaposleni koji učestvuju u zakonitom štrajku ne mogu da trpe štetne posledice, učešće u štrajku nije povreda radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline, niti zaposleni može da trpi materijalnu ili drugu odgovornost. Zaposleni u štrajku ima sva prava iz radnog odnosa osim prava na zaradu ili platu i naknadu troškova po osnovu rada, a ostvaruje pravo na obavezno socijalno osiguranje.

Propisane su obaveze štrajkačkog odbora i štrajkača: da štrajk organizuju i vode na način kojim se ne ugrožava bezbednost lica i zdravlje ljudi ili nanošenje štete na sredstvima rada i opremi; da ne sprečavaju poslodavca da obavlja delatnost, niti da sprečavaju zaposlene koji ne učestvuju u štrajku da rade.

Predloženo je da štrajk prestaje sporazumom strana u sporu ili odlukom štrajkačkog odbora. Organizator štrajka je dužan da donese novu odluku o stupanju u štrajk povodom svakog novog zahteva kao i u slučaju neispunjenja sporazuma o prestanku štrajka.

Novina je i da Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova vodi evidenciju o štrajkovima koja sadrži podatke o poslodavcu, vrsti štrajka; broju organizovanih štrajkova, zahtevima učesnika u štrajku, vremenu trajanja štrajka, mestu održavanja i načinu prestanka štrajka. Evidencija se vodi na osnovu podataka pribavljenih u postupku mirnog rešavanja radnog spora u skladu sa zakonom.

U toku javne rasprave otvorila su se neka nova pitanja i osporavanja između socijalnih partnera, pa su tako sindikati najviše kritikovali predložene delatnosti od opšteg interesa jer su smatrali da treba da taj broj bude drastično smanjen, pa tako da npr. prosveta bude potpuno izuzeta iz minimuma procesa rada, dok su poslodavci, suprotno njima smatrali da broj treba proširiti ina primarnu poljoprivrednu proizvodnju, stočarstvo, hemijsku industriju i rudarstvo. Poslodavci su se zalagali i za pravo na tzv. lokaut.

ZAKLJUČAK

Pitanje ostvarivanja prava na štrajk, iako veoma složeno, ima važnu ulogu i mesto u svim pravno-političkim sistemima i svim državama, pa tako i u Republici Srbiji. U našem društvu je ovo pitanje uvek bilo uređeno u skladu sa ključnim trendovima i praksom u svetu.

Međutim, trenutno važeći Zakon o štrajku je predugo u primeni, a pored toga donošenje novog zakona predstavlja jednu od obaveza Republike Srbije u procesu evropskih integracija, s obzirom da se u preporukama Evropske komisije koje su sadržane u Godišnjem izveštaju o napretku Republike Srbije u procesu evropskih integracija ističe da Zakon o štrajku iz 1996. godine nije u skladu sa standardima Evropske unije i Međunarodne organizacije rada, posebno u oblasti ograničenja prava na štrajk.

Stoga je novim zakonom potrebno obezbediti da pravo na štrajk bude usklađeno sa stavovima i principima Međunarodne organizacije rada i standardima Evropske unije, na način da bude ograničeno samo u delatnostima u kojima bi prekid rada mogao da ugrozi život, zdravlje i bezbednost stanovništva ili dela

stanovništva, da socijalni partneri imaju mogućnost da učestvuju u utvrđivanju minimuma procesa rada u ovim delatnostima, kao i da prioritet u rešavanju sporova koji su prouzrokovali štrajk imaju postupci mirnog rešavanja sporova. U tom smislu, treba nastaviti dalje napore kako bi ovaj zakon napokon bio donet.

IVICA LAZOVIĆ, Ph.D.,
Deputy director, Republic Agency for Peaceful Settlement
of Labor Disputes, the Republic of Serbia

THE RIGHT TO STRIKE IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– Expecting the new law on strike –

Summary

In this paper we deal with the exercising of the right to strike in the Republic of Serbia and in the context of the forthcoming adoption of the new Law on Strike. The history of the development of strikes and the basic theoretical assumptions are analyzed. The issue of exercising the right to strike, although very complex, plays an important role in all countries.

In Serbia, this issue has always been regulated in accordance with trends and legal practice in the world. However, the current Law on Strike has been applied too long and the adoption of a new law is one of the obligations of the Republic of Serbia in the process of European integration, given that it is the recommendation of the European Commission. TheLaw on the Strike of 1996 is not in line with the standards of the European Union and the International Labor Organization, especially in the area of restricting the right to strike.

The Republic of Serbia will adopt a new Law on the Strike soon. A draft of this regulation is analyzed in this paper, as well as key objections to it by the unions and employers.

ALEKSANDAR ANTIĆ

INSTITUT MIROVANJA RADNOG ODNOSA U PRAVNOM SISTEMU SRBIJE

U V O D

Mirovanje radnog odnosa je radnopravni institut, koji je izvorno uređen Zakonom o radu[1], čiji je cilj zaštita radnog odnosa lica koje je zbog određenih vanrednih okolnosti prinuđeno da odsustvuje izvestan vremenski period. Postoji više razloga koji za posledicu imaju mirovanje radnog odnosa. Oni se po svojoj suštitni razlikuju i prouzrokavani su različitim uzrocima.

"Mirovanje radnog odnosa postoji kada prava i obaveze iz radnog odnosa privremeno ne teku (osima prava i obaveza za koje je zakonom, opštim aktom, odnosno ugovorom o radu drukčije određeno) iako taj odnos postoji."[2] Ono što je sporno u pogledu mirovanja radnog odnosa je odsustvo posebnih propisa koji uređuju ovu materiju, zbog čega se u praksi u pojedinim situacijama postavlja pitanje da li zaposlnom miruje radni odnos ili ne. Zaposleni je slabija strana

Aleksandar Antić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

[1] Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US i 113/2017.

[2] P. Jovanović, Radno pravo – osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, str. 255.

u radnom odnosu. Mirovanje radnog odnosa predstavlja jedan od mehanizama njegove zaštite u odnosu na poslodavca koji je ekonomski jača strana. Zaposleni ostvaruje pravo na mirovanje radnog odnosa na osnovu zahteva za mirovanje radnog odnosa, koji podnosi poslodavcu i uz koji prilaže dokaze kojima potvrđuje nastupanje osnova za korišćenje ovoga prava.[3]

Radne odnose tokom čitave istorije karakteriše veliki stepen dinamičnosti. Danas je to posebno primetno. Fleksibilne forme radnog angažovanja zaposlenih postaju sve češće pravilo a ne izuzetak. One se konstantno proširuju i menjaju. Menja se i radno vreme radnika, ono postoje znatno promenljivije u odnosu na prethodne vremenske periode, pri čemu je velika ekonomska kriza tome značajno doprinela.[4] Iako ima mnoštvo negativnih posledica po zaposlene, fleksibilizacija rada je nezaustavljiv proces i nužnost koju nameću današnje složene društveno-ekonomske okolnosti.[5] Kao jedan od njenih najznačajnih ciljeva označava se numerička fleksibilnost, tj. smanjenje troškova rada i radne snage.[6]

Ugovor o radu, kao osnov radnog angažovanja određenog lica prestaje da bude pravilo. Druge forme radnog angažovanja, kojima se ne zasniva radni odnos postaju sve češće. Ugovori kojima se uređuju prava i obaveze zaposlenih i poslodavaca prilikom rada van radnog odnosa su građanskopravni ugovori sa primesama radnopravne prirode.[7] U njima su preovlađujući građanskopravni u odnosu na javnopravne elemente, a što nije slučaj kod ugovora kojima se zasniva radni odnos. Oni takođe ne poseduju i određene mehanizme za zaštitu zaposlenih, poput prava na mirovanje radnog odnosa.

Dakle, mogli bismo konstatovati da je pravo na mirovanje radnog odnosa neraskidivo povezano samo sa radom u radnom odnosu, a ne i sa radom van radnog odnosa.

---

[3] R. Brković, B. Urdarević, A. Antić, Praktikum za radno i socijalno pravo, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2016, str. 43.

[4] A. Herzog-Stain, I. Zapf, *Navigation the Great Recession: The Impact of Working Time Accounts in Germany* , Industrial & Labor Relations Review, 67(3), 2014, p. 893.

[5] S. Jašarević, Perspektive fleksibilizacije rada u Srbiji, Radno i socijalno pravo, br. 2/2012, str. 33.

[6] I. Rozić, Fleksibilni oblici zapošljavanja u skladu sa "Acquis Communitaire", Radno i socijalno pravo, br. 2/2013, str. 50.

[7] Ž. Kulić, Rad van radnog odnosa i samozapošljavanje, Radno i socijalno pravo, br. 1/2007, str. 46.

Prava i obaveze koja miruju zaposlenom u slučaju mirovanje radnog odnosa

Mirovanje radnog odnosa je uređeno čl. 79. Zakona o radu. Na početku prethodno navedene odredbe iznosi se da zaposlenom miruju prava i obaveze koje se stiču na radu i po osnovu rada, osim prava i obaveza za koje je zakonom, opštim aktom, odnosno ugovorom o radu drukčije određeno. Takođe, zaposleni kome miruju prava i obaveze ima pravo da se u roku od 15 dana od dana prestanka razloga za mirovanje radnog odnosa vrati na rad kod poslodavca.

Postavlja se pitanje koja prava i obaveze zaposlenom miruju? Bez sumnje to je pravo na zaradu odnosno platu, kao i osnovi za njihovo uvećanje i dodatke. Takođe i prava da koristi odmore i odsustva. Međutim u pogledu godišnjeg odmora u praksi je bilo sporno da li zaposlenom po povratku na rad pripada srazmeran deo godišnjeg odmora koji ne uključuje mesece tokom kojih mu je radni odnos mirovao ili ima pravo na ceo godišnji odmor bez obzira na mesece tokom kojih mu je radni odnos mirovao.

Pisac ovoga rada je prvog stava, tj. pri povratku na rad zaposleni ima pravo na godišnji odmor koji se računa srazmerno, pri čemu se pri računanju u obzir ne uzimaju meseci tokom kojih je radni odnos zaposlenom mirovao.[8]

---

[8] U prilog toj tvrdnji navodimo i sledeće mišljenje: "Odredbom člana 68. Zakona o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14) propisano je da zaposleni ima pravo na godišnji odmor u skladu sa ovim zakonom. Zaposleni stiče pravo na korišćenje godišnjeg odmora u kalendarskoj godini posle mesec dana neprekidnog rada od dana zasnivanja radnog odnosa kod poslodavca. Pod neprekidnim radom smatra se i vreme privremene sprečenosti za rad u smislu propisa o zdravstvenom osiguranju i odsustva s rada uz naknadu zarade.

Odredbom člana 79. Zakona o radu utvrđeni su slučajevi kada zaposleni ima pravo na mirovanje radnog odnosa. Tokom trajanja mirovanja radnog odnosa zaposleni odsustvuje s rada, a sva prava i obaveze koje se stiču na radu i po osnovu rada miruju, te zaposleni ima pravo na godišnji odmor srazmerno broju meseci koje je proveo na radu, pre ili nakon mirovanja radnog odnosa. Tokom obavljanja funkcije kod drugog poslodavca, zaposleni ostvaruje srazmeran godišnji odmor kod poslodavca kod kojeg obavlja funkciju.

Imajući u vidu navedeno, zaposlenom koji odsustvuje s rada po osnovu mirovanja radnog odnosa u skladu sa članom 79. Zakona o radu miruje i pravo na godišnji odmor, osim ako je zakonom, opštim aktom, odnosno ugovorom o radu drugačije određeno.

Odredbom člana 76. Zakona o radu propisano je da je u slučaju prestanka radnog odnosa poslodavac dužan da zaposlenom koji nije iskoristio godišnji odmor u celini ili delimično, isplati novčanu naknadu umesto korišćenja godišnjeg odmora, u visini prosečne zarade u prethodnih 12 meseci, srazmerno broju dana neiskorišćenog godišnjeg odmora.

Imajući u vidu da prilikom primene instituta mirovanja radnog odnosa, zaposlenom ne prestaje radni odnos već mu prava i obaveze koje se stiču na radu i po osnovu rada miruju, mišljenja

S obzirom da zaposlenom kome miruje radni odnos miruje i pravo na platu odnosno zaradu, kao logična posledica iz prethodno navedenog proizilazi i mirovanje obveza plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Članom 48. Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje[9] predviđeno je da za vreme mirovanja radnog odnosa koje je zaposlenom odobreno u skladu sa zakonom kojim se uređuje radnopravni položaj zaposlenog, miruje obaveza plaćanja doprinosa, osim ako zakonom nije drukčije određeno.

Ujedno naveli bismo i da pošto zaposlenom miruje pravo na isplatu plate odnosno zarade miruje i obaveza plaćanja poreza na zaradu, odnosno platu predviđena članovima 13, 15a. i 16. Zakona o porezu na dohodak građana[10].

Takođe, kao sporno u praksi pojavilo se pitanje ko isplaćuje otpremninu zaposlenom pri odlasku u penziju, poslodavac kod koga zaposlenom miruje radni odnos ili poslodavac kod koga se zaposleni trenutno nalazi te mu zbog toga kod prethodnog poslodavca miruje radni odnos. Otpremninu zbog odlaska u penziju zaposlenom isplaćuje poslodavac kod koga se zaposleni nalazio u trenutku odlaska u penziju. U slučaju mirovanja to je drugi poslodavac, a ne prvi kod koga zaposlenom miruju prava i obaveze.[11]

---

smo da nisu ispunjeni uslovi za primenu člana 76. Zakona o radu, odnosno da zaposleni nema pravo na naknadu za neiskorišćeni godišnji odmor." (Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, Sektor za rad, broj 011-00-52/2016-02, od 29. 2. 2016).

[9] Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, "Sl. glasnik RS", br. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 - usklađeni din. izn., 8/2013 - usklađeni din. izn., 47/2013, 108/2013, 6/2014 - usklađeni din. izn., 57/2014, 68/2014 - dr. zakon, 5/2015 - usklađeni din. izn., 112/2015, 5/2016 - usklađeni din. izn., 7/2017 - usklađeni din. izn., 113/2017 i 7/2018 - usklađeni din. izn.

[10] Zakon o porezu na dohodak građana, "Sl. glasnik RS", br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - ispr., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - odluka US, 7/2012 - usklađeni din. izn., 93/2012, 114/2012 - odluka US, 8/2013 - usklađeni din. izn., 47/2013, 48/2013 - ispr., 108/2013, 6/2014 - usklađeni din. izn., 57/2014, 68/2014 - dr. zakon, 5/2015 - usklađeni din. izn., 112/2015, 5/2016 - usklađeni din. izn., 7/2017 - usklađeni din. izn., 113/2017 i 7/2018 - usklađeni din. izn.

[11] U vezi sa prethodno rečenim iznosimo sledeće mišljenje nadležnog organa: "Članom 119. stav 1. tačka 1) Zakona o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14) utvrđeno je da je poslodavac dužan da, u skladu sa opštim aktom, zaposlenom isplati otpremninu pri odlasku u penziju, najmanje u visini dve prosečne zarade. U skladu sa stavom 3. pod prosečnom zaradom iz stava 1. tačka 1) ovog člana smatra se prosečna zarada u Republici Srbiji prema poslednjem objavljenom podatku republičkog organa nadležnog za statistiku.

Poslodavac je u smislu Zakona o radu, domaće, odnosno strano pravno ili fizičko lice koje zapošljava, odnosno radno angažuje jedno ili više lica (član 5).

Vezano za period računanja minulog rada, prilikom mirovanja radnog odnosa kao sporno se pojavljuje pitanje da li se zaposlenom u period minulog rada računa vremenski period tokom koga mu je radni odnos mirovao.

Mišljenja smo da taj vremenski period ne ulazi u obračun minulog rada. Razlog je sadržan u mirovanju prava na platu odnosno zaradu. Pošto zaposlenom miruje pravo na platu odnosno zaradu, kao što smo prethodno naveli miruju mu i dodaci na istu. Takođe, minuli rad se zaposlenom isplaćuje za svaku ostvarenu punu godinu rada u radnom odnosu kod poslodavca. Dakle, kako bi se na platu dodao minuli rad neophodno je da zaposleni radi faktički kod poslodavca, a što nije slučaj tokom mirovanja radnog odnosa. Stoga, se u period minulog rada ne obračunava vreme tokom koga je zaposlenom mirovao radni odnos.

Razlozi za mirovanje radnog odnosa zaposlenog u Zakonu o radu

Shodno članu 79. Zakona o radu zaposlenom miruju prava i obaveze ako odsustvuje sa rada zbog: 1) odlaska na odsluženje, odnosno dosluženje vojnog roka; 2) upućivanja na rad u inostranstvo od strane poslodavca ili u okviru međunarodno-tehničke ili prosvetno-kulturne saradnje, u diplomatska, konzularna i druga predstavništva; 3) privremenog upućivanja na rad kod drugog poslodavca; 4) izbora, odnosno imenovanja na funkciju u državnom organu, sindikatu, političkoj organizaciji ili drugu javnu funkciju čije vršenje zahteva da privremeno prestane da radi kod poslodavca; 5) izdržavanja kazne zatvora, odnosno izrečene mere bezbednosti, vaspitne ili zaštitne mere, u trajanju do šest meseci.

Prava vezana za mirovanje radnog odnosa ima i bračni drug zaposlenog koji je upućen na rad u inostranstvo u okviru međunarodno-tehničke ili prosvetno-kulturne saradnje, u diplomatska, konzularna i druga predstavništva.

Mirovanje radnog odnosa uređeno je članom 79. Zakona o radu, u skladu s kojim zaposlenom miruju prava i obaveze koje se stiču na radu i po osnovu rada, osim prava i obaveza za koje je zakonom, opštim aktom, odnosno ugovorom o radu drugačije određeno, ako odsustvuje s rada zbog izbora, odnosno imenovanja na funkciju u državnom organu.

Zaposleni kome miruju prava i obaveze ima pravo da se u roku od 15 dana od dana prestanka funkcije, vrati na rad kod poslodavca.

Dakle, otpremninu u skladu sa Zakonom o radu, pri odlasku u penziju, dužan je da isplati poslodavac kod kojeg zaposlenom prestaje radni odnos zbog ispunjenja uslova za ostvarivanje prava na penziju." (Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, Sektor za rad, broj 011-00-00987/2014-02, od 6. 1. 2015).

Mišljenjem Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja broj 011-00-964/2016-02 od 7.3.2017 naveden je i osnov za mirovanje radnog odnosa koji se ne nalazi u Zakonu, a do koga se došlo tumačenjem odredbi Zakona i drugih propisa. Prethodno navedenim mišljenjem zauzet je stav da zaposlenom miruje radni odnos i u slučaju kada je nestao.[12]

U praksi najviše neodumica stvara situacija vezana za mirovanje radog odnosa zbog izbora, odnosno imenovanja na funkciju u državnom organu, sindikatu, političkoj organizaciji ili drugu javnu funkciju čije vršenje zahteva da privremeno prestane da radi kod poslodavca. Problem je u tome što je Zakonom o radu nije navedeno šta se sve smatra javnom funkcijom.

U odsustvu drugog propisa, dakle samo ukoliko nije posebnim propisom definisano šta se smatra javnom funkcijom, pisac ovoga rada smatra da se pri određenju javne funkcije poslodavac može osloniti na čl. 2 Zakona o agenciji za borbu protiv korupcije[13] u kome se navodi da je "javna funkcija" funkcija u organima Republike Srbije, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave, organima javnih preduzeća i privrednih društava, ustanova i drugih organizacija, čiji je osnivač, odnosno član Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave, kao i funkcija drugih lica koje bira Narodna skupština, a podrazumeva ovlašćenja rukovođenja, odlučivanja, odnosno donošenja opštih ili pojedinačnih akata.[14]

---

[12] "U članu 175. tačka 6) Zakona o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14) propisano je da zaposlenom u slučaju smrti prestaje radni odnos.

Kako ovim zakonom nije regulisan radnopravni status zaposlenog koji se vodi kao nestao, smatramo da povodom nestanka zaposlenog do njegovog povratka ili proglašenja za umrlog, u skladu sa Zakonom o vanparničnom postupku, poslodavac može rešenjem da mu utvrdi mirovanje radnog odnosa, shodno čl. 78. i 79. Zakona o radu.

Po proglašenju zaposlenog za umrlog donosi se rešenje o prestanku radnog odnosa u skladu sa članom 175. tačka 6) Zakona o radu."

(Mišljenje Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, Sektor za rad, broj 011-00-964/2016-02 od 7.3.2017).

[13] Zakon o agenciji za borbu protiv korupcije, "Sl. glasnik RS", br. 97/2008, 53/2010, 66/2011 - odluka US, 67/2013 - odluka US, 112/2013 - autentično tumačenje i 8/2015 - odluka US.

[14] "U prilog prethodnom stavu u nastavku teksta navodimo sudsku presudu Upravnog suda: Tužilac je poreski službenik na čiji se radnopravni status, u smislu člana 169. stav 1. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji ("Sl. glasnik RS", br. 80/02... 53/10), primenjuju propisi o radnim odnosima u državnim organima. To upućuje na primenu Zakona o državnim službenicima ("Sl. glasnik RS", br. 79/2005... 104/09). Takođe, odredbom člana 2. stav 2. Zakona o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/05... 54/09), propisano je da se odredbe ovog Zakona primenjuju i na zaposlene u državnim organima, organima teritorijalne autonomije i lokalne samo-

uprave i javnim službama, ako zakonom nije drugačije određeno. Institut mirovanja radnog odnosa nije propisan Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji, a Zakon o državnim službenicima ga propisuje samo u članu 130. stav 1. tačka 3, kao razlog za otkaz koji daje poslodavac državnom službeniku ako posle prestanka razloga za mirovanje radnog odnosa ne stupi na rad u roku od 15 dana. Odredbom člana 79. Zakona o radu regulisan je institut mirovanja radnog odnosa, a stavom 1. tačka 4. ovog člana, propisano je da zaposlenom miruju prava i obaveze koje se stiču na radu i po osnovu rada, osim prava i obaveze za koje je zakonom - opštim aktom, odnosno ugovorom o radu drugačije određeno, ako odsustvuje sa rada zbog izbora, odnosno imenovanja na funkciju u državnom organu, sindikatu, političkoj organizaciji ili drugu javnu funkciju čije vršenje zahteva da privremeno prestane da radi kod poslodavca. Iz navedenog proizlazi da i poreski službenik može da ostvari pravo na mirovanje radnog odnosa pod uslovima propisanim članom 79. Zakona o radu, pa i mirovanje zbog izbora, odnosno imenovanja na javnu funkciju. Međutim, u konkretnom slučaju je sporno da li je imenovanje na mesto direktora javnog preduzeća čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave, izvršeno od strane skupštine jedinice lokalne samouprave, javna funkcija. ...Nijedan od zakona koji se primenjuje na radnopravni status poreskog službenika ne sadrži definiciju ni funkcije, ni javne funkcije. To ne sadrži ni Zakon o lokalnoj samoupravi ("Sl. glasnik RS", broj 129/07), kojim je regulisana nadležnost skupštine jedinice lokalne samouprave za imenovanje, odnosno razrešenje direktora javnog preduzeća, već samo u članu 30. stav 3. i 4. i članu 43. stav 5. propisuje prestanak funkcije odbornika danom potvrđivanja odborničkog mandata i primenu propisa o sprečavanju sukoba interesa, kao i da predsedniku opštine i zameniku predsednika opštine izborom na ove funkcije prestaje mandat odbornika u skupštini opštine.

Odredbom člana 14. citiranog Zakona o javnim preduzećima i obavljanju delatnosti od opšteg interesa, koji je bio na snazi u vreme podnošenja zahteva, propisano je da direktora javnog preduzeća imenuje i razrešava osnivač. Osnivačkim aktom javnog preduzeća utvrđuje se mandat direktora. Osnivač može do imenovanja direktora javnog preduzeća da imenuje vršioca dužnosti direktora. Vršilac dužnosti direktora može obavljati tu funkciju najduže jednu godinu. Iz stava 4. člana 14. ovog Zakona proizlazi da lice koje je imenovano za vršioca dužnosti direktora javnog preduzeća vrši funkciju, što nesumnjivo upućuje na to da i direktor javnog preduzeća, a ne samo vršilac dužnosti direktora, vrši funkciju.

Da bi se ocenilo da li ova funkcija predstavlja javnu funkciju, po nalaženju Upravnog suda, treba imati u vidu i vrstu delatnosti radi čijeg obavljanja se osnivaju javna preduzeća po Zakonu o javnim preduzećima i obavljanju delatnosti od opšteg interesa i po Zakonu o javnim službama. Po ovim zakonima, javna preduzeća su ona koja obavljaju delatnost od opšteg interesa, koje osniva država, odnosno jedinica lokalne samouprave ili autonomna pokrajina, pa po stavu suda, priroda ove delatnosti nesumnjivo određuje da je imenovanje direktora javnog preduzeća, kog po članu 32. stav 1. tačka 9. imenuje i razrešava skupština opštine, javna funkcija.

Ovo potvrđuje i odredba člana 2. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije ("Sl. glasnik RS", broj 97/08... 66/11) koja u članu 2. definiše pojam funkcionera (svako izabrano, postavljeno ili imenovano lice u organe Republike Srbije, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave i organe javnih preduzeća i privrednih društava, ustanova i drugih organizacija, čiji je osnivač, odnosno član Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave i drugo lice koje bira Narodna Skupština), ali i pojam javne funkcije (funkcija u organima Republike Srbije, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave, organima javnih preduzeća i privrednih društava, ustanova i drugih organizacija, čiji je osnivač, odnosno član Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave, kao i funkcija drugih lica koje bira Narodna skupština, a podrazumeva ovlašćenja rukovođenja, odlučivanja, odnosno donošenja opštih ili pojedinačnih akata).

Razlozi za mirovanje radnog odnosa zaposlenog u posebnim propisima

Posebni propisi koji definišu lica koja se smatraju funkcionerima kao i posebne osnove za mirovanje radnog odnosa u odnosu na Zakon o radu su Zakon o državnim službenicima[15] i Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajina i jedinicama lokalne samouprave[16].

Razlika između službenika državnih organa, organa jedinica lokalne samouprave i teritorijalne autonomije i funkcionera koji njima rukovode treba da omogući stvaranje profesionalizovanog službeničkog sistema. Kada se u službu biraju lica sa odgovarajućim znanjima i iskustvima, kada ona napreduju na osnovu svojih rezultata, stručnog obrazovanja i usavršavanja, a radni odnos im prestaje iz razloga vezanih za neodgovarajuće obavljanje aktivnosti povezanih sa njihovom nadležnošću, onda možemo službenički sistem označiti kao nepolitizovan, tj. u njemu nema uticaja politike i političkih izabranih lica na rad službenika, ili je on zanemarljiv.[17].

Članom 2. Zakona o državnim službenicima određena je negativna definicija funkcionera, navođenjem ko se ne smatra državnim službenikom. Državni službenici nisu narodni poslanici, predsednik Republike, sudije Ustavnog suda,

S obzirom na suštinu instituta mirovanja radnog odnosa (faktičko nevršenje rada), zabrane i ograničenja poreskim službenicima na koje se poziva tuženi u obrazloženju svog rešenja, po nalaženju Upravnog suda nemaju uticaja na odluku o zahtevu tužioca, jer upravo zahtev za mirovanje radnog odnosa pretpostavlja mogućnost da poreski službenik, rad u Poreskoj upravi, za vreme vršenja javne funkcije, faktički ne obavlja, čime se postiže cilj zbog kojih su ove zabrane i ograničenja ustanovljene (sprečavanje zloupotreba, sukoba interesa i dr.). Zbog toga je odbijanjem zahteva tužioca od strane prvostepenog organa, kao i odbijanjem žalbe od strane tuženog, pogrešno primenjen zakon na štetu tužioca. Drugačijim tumačenjem tužiocu bi bilo povređeno Ustavom zagarantovano pravo na učešće u upravljanju javnim poslovima po članu 53. Ustava RS kojim je propisano da građani imaju pravo da učestvuju u upravljanju javnim poslovima i da pod jednakim uslovima stupaju u javne službe i na javne funkcije." (Presuda Upravnog suda, I-1 U. 1872/12 od 27. 12. 2012).

[15] 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 i 94/2017.

[16] Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, "Sl. glasnik RS", br. 21/2016 i 113/2017.

[17] L. Stanova, *Central civil service managment structures as brokers of de-politicization and evidence-based civil service managment: A typology*, Human Affairs, Vol. 24, 2014, p. 308-309.

članovi Vlade, sudije, javni tužioci, zamenici javnih tužilaca i druga lica koja na funkciju bira Narodna skupština ili postavlja Vlada i lica koja prema posebnim propisima imaju položaj funkcionera.

Dakle, prethodno navedena lica koja se shodno Zakonu o državnim službenicima ne smatraju državnim službenicima, možemo označiti kao funkcionere. Pri njihovom izboru na funkciju osnov za mirovanje radnog odnosa, ukoliko su se pri izbora na istu nalazila u radnom odnosu, je član 79. stav 1. tačka 4) Zakona o radu.

Vršenje poslova koji sa sobom nose određena politička ovlašćenja nespojivo je sa preduzimanjem aktivnosti povezanih sa javnom službom i shodno tome brojne države predviđaju različite mehanizme kojima zabranjuju službenicima obavljanje političkih funkcija, a sve u cilju sprečavanja sukoba interesa.[18] Određenje funkcionera autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave je izvršeno u članu 3. Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave. Funkcioner je izabrano, imenovano, odnosno postavljeno lice (osim službenika na položaju) u organima autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, odnosno u organima gradske opštine, kao i u službama i organizacijama koje oni osnivaju prema posebnom propisu. Imajući u vidu prethodno navedenu definiciju funkcionera, mišljenja smo da lica koja se nalaze na položaju u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, nemaju pravo na mirovanje radnog odnosa ukoliko su pre postavljenja na položaj bila u radnom odnosu.[19] Takođe, funkcioneri to pravo imaju na osnovu člana 79. stav 1. tačka 4) Zakona o radu i člana 15. Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave.[20]

Poseban osnov za mirovanje radnog odnosa određen je članom 67b. Zakona o državnim službenicima. Vršiocu dužnosti koji je postavljen iz reda državnih

[18] T. Braendle, A. Stutzer, *Selection of public servants into politics*, Journal of Comparative Economics 44 (2016), p. 697.

[19] Izuzetak postoji u pogledu lica koja su na položaj postavljena pre stupanja na snagu Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave. Članom 198. je predviđeno pravo tih lica na mirovanje radnog odnosa do protoka vremena na koji su postavljeni.

[20] Iako se član 15. Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave posredno odnosi na mirovanje radnog odnosa, pošto je njim predviđeno da funkcioner nema pravo na naknadu plate tri meseca po prestanku funkcije ukoliko mu je utvrđeno pravo na mirovanje radnog odnosa na radnom mestu na kome se nalazio pre izbora na funkciju.

službenika na položaj miruju prava i obaveze iz radnog odnosa u organu iz kojeg je postavljen. Međutim, u Zakonu o državnim službenicima nije nijednom odredbom utvrđeno pravo lica koje je postavljeno na položaj na mirovanje radnog odnosa ukoliko se pre postavljenja na položaj nalazi u radnom odnosu, a imajući u vidu član. 80[21], mišljenja smo da lica koja se nalaze na položaju u državnim organima to pravo i nemaju.

Ukoliko je državni službenik ili službenik autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave upućen na dodatno obrazovanje shodno članu 99. Zakona o državnim službenicima odnosno članu 124. Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave ima pravo na mirovanje radnog odnosno, ukoliko dodatno obrazovanje zahteva njegovo privremeno odsustvo sa rada.

Poseban propis koji predviđa mirovanje radnog odnosa iz razloga koji nije predviđen Zakonom o radu je i Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja[22]. Članom 124. Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja određeno je da direktoru ustanove miruje radni odnos za vreme trajanja dva mandata i ima pravo da se vrati na poslove koje je obavljao pre imenovanja.

Ukoliko direktoru ustanove kome miruje radni odnos prestane dužnost zbog isteka mandata ili na lični zahtev tokom trećeg i svakog narednog mandata, raspoređuje se na poslove koji odgovaraju stepenu i vrsti njegovog obrazovanja. Ako nema odgovarajućih poslova, direktor ostvaruje prava kao zaposleni za čijim radom je prestala potreba u skladu sa članom 153. Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja.

Prethodno navedenim članom je normirano da zaposleni koji je u ustanovi u radnom odnosu na neodređeno vreme, a za čijim radom je u potpunosti prestala potreba, smatra se neraspoređenim i ostvaruje pravo na preuzimanje sa liste. Dok se nalazi na listi viškova ostvaruje pravo na naknadu plate u visini od 65% plate koju je primio za mesec koji prethodi mesecu u kome je ostao neraspoređen do preuzimanja sa liste, a najkasnije do 15. septembra naredne školske godine.

[21] Državni službenik kome je proteklo vreme na koje je postavljen, koji je podneo ostavku na položaj ili kome je položaj ukinut donošenjem novog ili izmenom postojećeg Pravilnika ima pravo da u istom državnom organu bude premešten na drugo radno mesto za koje ispunjava uslove ako ono postoji, a ako ne postoji postaje neraspoređen.

[22] Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, "Sl. glasnik RS", br. 88/2017 i 27/2018 - dr. zakoni.

Ukoliko ne bude preuzet sa liste do prethodno navedenog roka, prestaje mu radni odnos i ostvaruje pravo na otpremninu, u skladu sa članom 158. Zakona o radu, tj. imaće pravo na otpremninu s tim da ista ne može biti niža od zbira trećine zarade zaposlenog za svaku navršenu godinu rada u radnom odnosu kod poslodavca kod koga ostvaruje pravo na otpremninu.

Takođe, članom 157. Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja predviđeno je da nastavniku, koji je na osnovu rešenja ministra, a nakon sprovedenog konkursa upućen na radu u inostranstvo, miruje radni odnos na poslovima sa kojih je upućen na rad u inostranstvo.

Osnovi za mirovanje radnog odnosa normirani su i u Zakonu o zaposlenima u javnim službama.[23] Javne službe mogu da se analiziraju kroz dve dimenzije. Prva javna služba u širem smislu obuhvata državne organe, javnopravne, privredne i neprivredne organizacije kao i organe lokalne uprave. Druga, uža dimenzija u određenju javnih službi ograničava se na određene segmente javnog sektora, tj. na državnu upravu. [24]

Zakonom o zaposlenima u javnim službama određena je uža definicija javnih službi. Zakon o zaposlenima u javnim službama primenjuje se na zaposlene u javnim službama koje je osnovala Republika Srbija, autonomna pokrajina, opština, grad ili gradska opština u skladu sa zakonom kojim se uređuje osnivanje i rad javnih službi i na zaposlene u organizacijama obaveznog socijalnog osiguranja i drugim pravnim licima koje se osnivaju ili deluju u skladu sa propisima o javnim službama. Zakon o zaposlenima u javnim službama ne primenjuje se na zaposlene u javnim preduzećima i privrednim društvima osnovanim za obavljanje delatnosti u oblastima u kojima se osnivaju javne službe.

ZAKLJUČAK

Zaposleni kao slabija strana u radnom odnosu poseduju prava kojima se njihov položaj štiti u odnosu na poslodavca koji predstavlja ekonomski i faktički jaču stranu. Jedno od tih prava predstavlja i pravo na mirovanje radnog odnosa.

[23] Zakon o zaposlenima u javnim službama, "Sl. glasnik RS", br. 113/17.

[24] T. Kalamatiev, "Opšta načela, vidovi zapošljavanja i kolektivna prava zaposlenih u javnom sektoru", Radno i socijalno pravo, br. 1/2014, Beograd, 2014, 106.

Mirovanje radnog odnosa je institut koji je izvorno uređen Zakonom o radu. U okviru čl. 78. i 79. prethodno navedenog Zakona normirani su slučajevi kada zaposlenom miruju prava i obaveze. Pravo na mirovanje radnog odnosa je pravo koje imaju samo lica koja se nalaze u radnom odnosu, a ne i lica koja su angažovana po osnovu ugovora kojima se ne zasniva radni odnos. Prethodno navedeno pravo se ostvaruje na osnovu zahteva koji zaposleni podnosi poslodavcu.

Pored osnova navedenih u Zakonu o radu, mirovanje radnog odnosa je uređeno i posebnim propisima. Radi se o velikom broju zakona kojima se uređuje položaj zaposlenih koji svoja prava i obaveze ostvaruju u posebnim režimima radnog odnosa.

Kao sporna pitanja možemo odrediti, koja prava zaposlenom iz radnog odnosa miruju, s obzirom da ne postoji poseban propis ili odredba u Zakonu u radu koja to uređuje. Takođe, nejasno je i kada zaposlenom miruju prava povodom postavljenja na javnu funkciju.

U radu su izneta određena rešenja i mišljenja povodom prethodno navedenih pitanja. Ista su proizvod oslanjanja na pravnu teoriju, sudsku praksu i mišljenja nadležnih organa.

Kako bi se nedoumice povodom prava na mirovanje radnog odnosa u budućnosti u poptunosti otklonile, neophodno je detaljnije regulisati ovaj institut izmenama i dopunama Zakona o radu. Mišljenja smo da bi bilo necelishodno to uraditi posebnim propisom.

ANTIĆ ALEKSANDAR
Assistant, Faculty of Law University
of Kragujevac

THE INSTITUTE FOR THE SUSPENSION OF EMPLOYMENT
IN THE LEGAL SYSTEM OF SERBIA

Summary

Job retirement is an institute originally regulated by the Labor Law. Within the scope of Art. 78 and 79 of the aforementioned Act are normative cases when the employee is standstill for rights and obligations. In addition to the basics outlined in the Labor Law, the standstill of employment is

regulated by special regulations. This is a large number of laws governing the position of employees who exercise their rights and obligations in special employment regimes. As disputed questions, we can determine which rights of the employee are suspended, since there is no special regulation or provision in the Law in the work that regulates it.

Also, it is unclear even when the employee is standstill on the occasion of appointing him to a public office. Some solutions and opinions regarding the aforementioned issues are presented in this paper. They are the product of reliance on legal theory, judicial practice and opinions of the competent authorities. In order to eliminate the dilemmas regarding the right to a standstill in the future, it is necessary to regulate this institute in more detail with the amendments and supplements to the Labor Law. We think that it would be inconvenient to do this with a special regulation.

IRIS BJELICA-VLAJIĆ

RADNO-PRAVNI POLOŽAJ POMORACA PREMA DIREKTIVI EU 2018/131

U V O D

Položaj pomoraca oduvek je bio izuzetno oseljiv zbog specifičnih uslova u kojim se tokom rada nalaze. Skučen prostor, ograničeno kretanje, raspodela vremena na odmor i rad, udaljenost od matične države i njene zaštite, posebna pravila discipline i striktan hijerarhijski odnos, pitanje bezbednosti tokom plovidbe, samo su neki od razloga za to. Početkom HH veka počeo je rad na izjednačavanju propisa koji se bave zaštitom pomoraca. Najnoviji napori su učinjeni usvajanjem Konvencije br. 186 Međunarodne organizacije rada koja je zamenila 37 dotadašnjih konvencija i preporuka.[1] Prvi put, predviđeno je da će brodovi koji ispunjavaju zahteve iz Konvencije imati poseban sertifikat koji to potvrđuje (MKR sertifikat), a čije posedovanje ispituju inspektori luke u koju brod uplovljava.[2]

Doc. dr Iris Bjelica-Vlajić, predavač Visoke brodarske škole akademskih studija u Beogradu.

[1] Međunarodna konvencija o radu pomoraca (Konvencija br. 186) usvojena je 2006. godine u Ženevi, a na snagu je stupila avgusta 2013. godine

[2] Offshore tegljač Atlantic Carrier zaustavljen je 24 sata u danskom Esbjergu jer su predstavnici danskih pomorskih vlasti otkrili su tokom kontrole da je posada broda bila bez ugovora. Ovo zaustavljanje broda je prvi slučaj zaustavljanja zbog kršenja Konvencije o radu pomoraca, koja je uvedena 20. avgusta kao deo nadzornog sistema provere rada i života pomoraca na brodu.

EU potpisnik je Konvencije o radu pomoraca (Konvencije 186) i ova konvencija je uključena u zakonodavstvo Unije, što je rezultat usvajanja Direktive 2009/13/EZ.[3]

Stupanjem na snagu Konvencije br. 186 otkriveni su nedostaci u regulisanju finansijske sigurnosti zaposlenih u pomorstvu, ali i pitanja vezanih za smrt ili povrede na radu. Stoga je otpočeo rad na izradi amandmana, koje je EU podržala.[4] Konvencija je, potom, dva puta dopunjena aandmanima koji su za cilj imali popunjavanje otkrivenih pravnih praznina nakon početka njene primene.

Socijalni partneri 5. decembra 2016. godine postižu sporazum o neophodnosti uključivanja amandmana i izmenu Direktive 2009/13/EZ, zbog čega se 12. decembra iste godine obraćaju Evropskoj komisiji sa zahtevom da pripremi predlog koji će podneti Savetu. Predloženi amandmani po sadržini odgovaraju članu 153. Ugovora o funkcionisanju EU, koji reguliše pitanja socijalne zaštite zaposlenih. Kontrolu sprovođenja navedenih odredbi vršiće nadzorna tela Unije i Sud pravde Evropske Unije. Time će se brodovlasnici naći pod većom kontrolom od one koju je predvidela Konvencija MOR. Od članica se očekuje garantovanje Direktivom zajamčenih prava.

Unija može usvojiti mere neophodne za sprovođenje Direktive, a u skladu sa članom 5. Ugovora o Evropskoj Uniji, a države članice će usvojiti zakonske i podzakonske akte, te administrativna pravila neophodna za sprovođenje Direktive do 16. februara 2020. godine i o tome obavestiti Evropsku komisiju.[5] Takođe, države članice mogu ovlastiti socijalne partnere da sprovode ovu Direktivu.

Direktiva EU 2018/131

Kao što je već navedeno u uvodnim napomenama, Direkitva (EU) 2018/131 nastala je na osnovu sporazuma socijalnih partnera, evropskih udruženja brodo-

[3] Sporazum između Asocijacije brodovlasnika evrpske zajednice (ECSA) i Evropske federacije transportnih radnika (ETF) je postignut 19. maja 2008. godine. Na taj način zakonodavstvo EU je izmenjeno i standardi konvencije MOR koji su bili povoljniji za pomorce dobili su pravnu snagu. Konvencija br. 187 regulisala je pitanja zapošljavanja pomoraca, njihove reaptrijacije, radnog vremena, obuke, odgovarajućeg radnog i životnog prostora, medicinske pomoći, zdravstvene i socijalne zaštite.

[4] Savet je usvojio 26. maja 2014. godine Odluku 2014/346/EU kojom se podržava izrada i usvajanje navedenih amandmana. Prva grupa amandmana usvojena je 11. juna 2014. godine, a na snagu su stupili 18. januara 2017. godine.

[5] Član 3. Direktive EU 2018/131.

vlasnika i sindikata transportnih radnika, u skladu sa članom 155. stav 2.Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koji dozvoljava da se sporazumi usvojeni na nivou Unije sprovode u formi zakonodavnog akta na osnovu odluke Saveta i na predlog Evropske komisije.

Tekst Direktive sadrži istorijat nastanka tog akta i ovlšćenja za njegovo donošenje u fomi u kojoj je donet. U Aneksu Direktive nalazi se tekst sporazuma socijalnih partnera.

a) standard A.2.5.2

Standard se odnosi na efikasan sistem finansijske bezbednosti kojim se pomorci štite od napuštanja od strane brodovlasnika u lukama koje nisu luke polaska/povratka pomorca prema ugovoru o radu ili luke sedišta kompanije. Za potrebe tog standarda, pomorac će se smatrati napuštenim u slučaju kada brodovlasnik kršeći ugovor o zaposlenju pomorca ili sporazum postignut između socijalnih partnera: ne snosi troškove repatrijacije pomorca; ostavi pomorca bez potrebnih sredstava za izdržavanje tokom trajanja repatrijacije; na drugi način jednostrano prekine njihov međusobni odnos, uključujući neisplaćivanje zarada u periodu dužem od 2 meseca.

Da bi se ovakvo stanje izbeglo, svaka članica će uspostaviti sistem finansijske sigurnosti za brodove koji viju njenu zastavu kojima će se ispuniti zahtevi iz ovog standarda, a imajući u vidu rešenje koje će se najbolje uklopiti u njen postojeći sistem socijalne zaštite. To se može učiniti uspostavanjem posebnog osiguranja ili nacionalnog fonda ili stvaranjem posebnog sistema socijalne zaštite pomoraca. Preporuka članicama je da, pri donošenju odluke o načinu uspostavljanja sistema finansijske sigurnosti, konsultuju svoje unije brodovlasnika i sindikata pomoraca. Bez obzira na model koji članica izabere, potrebno je da taj model omogućava direktan pristup, potpuno pokriće i brzu finansijsku podršku napuštenom pomorcu.

Pod sredstvima neophodnim za izdržavanje pomoraca podrazumevaju se: hrana, smeštaj, zalihe pitke vode, zalihe goriva i neophodna medicinska nega. Na ovaj način, sistem finansijke sigurnosti pomoraca je unapređen u odnosu da dotad postojeće standarde. Potrebno je da se finasijska pomoć dodeljuje po hitnom postupku neposredno nakon podnošenja zahteva od strane pomorca ili njegovog predstavnika uz naknado pravdanje izdvojenih sredstava. Finasijska pomoć treba biti dovoljna da pokrije:

– iznos do 4 neisplaćene zarade i druge pripadajuće naknade koje brodovlasnik duguje pomorcu prema zaključenom ugovoru o radu, relevantnom kolektiv-

nom ugovoru na snazi ili nacionalnom zakonodavstvu u državi čiju zastavu brod vije,

– opravdano očekivane troškove, uključujući troškove repatrijacije,

– osnovne potrebe pomorca kao što su odgovarajuća hrana, odeća, smeštaj, pitka voda u dovoljnim količinama, gorivo, medicinska pomoć i drugi troškovi koji postoje od momenta nauštanja pomorca do njegovog dolaska kući.[6]

Pored navedenog, napuštenim pomorcima se ne uskraćuje neko od prava, potraživanja i pravnih lekova koja imaju zbog napuštanja na osnovu drugih pravnih akata ili iz drugih izvora.

Finansijsko obezbeđenje traje do isteka vremena na koje je ugovoreno, osim u izuzetnom slučaju kada pružalac finasijskog obezbeđenja obavesti brodovlasnika o okončanju aranžmana 30 dana pre okončanja. Isto obaveštenje dostavlja se nadležnoj instituciji ili telu države čiju zastavu brod vije.

b) Standard A2.4.2 odgovornost brodovlasnika

Od nacionalnih zakonodavstava se očekuje da postave sistem socijalnog osiguranja tako da omogući:

– naknade za ugovorne obaveze koje su predviđene ugovorima o radu pomoraca budu isplaćene u potpunosti i bez odlaganja,

– zaštitu od pritisaka na pomorca da prihvati manji iznos od onog koji je ugovoren,

– da kada je priroda nesposobnosti za rad produženog trajanja i stvara nemogućnost procene pune kompenzacije na koju bi pomorac imao pravo, privremena isplata ili više njih će biti isplaćene pomorcu kako bi se izbegle teškoće u kojima bi se mogao naći,

– pomorac će isplate iz ovog standarda primiti bez obzira na druga prava, neće se moći računati kao umanjenje obaveze koja ide na teret brodovlasnika zbog tužbi i potraživanja koja potiču od istog događaja,

– zahtev za ugovornu naknadu može podneti sam pomorac, njegov srodnik, predstavnik ili lice koje je ovlastio kao korisnika.

Pojam ugovorne obaveze se odnosi na bilo koji zahtev koji se podnosi zbog smrti ili dugotrajne sprečenosti za rad koji su posledica profesionalnog obolenja ili povrede, a koji su kao takvi predviđeni u domaćem zakonodavstvu, ugovoru o

[6] Troškovi repatrijacije podrazumevaju putovanje odgovarajućim saobraćajnim sredstvom, najčešće vazdušnim putem, uključujući troškove smeštaja i ishrane od napuštanja broda do dolaska kući, medicinsku pomoć ukoliko je neophodna i prevoz ličnih stvari pomorca.

radu ili kolektivnom ugovoru. Domaće zakonodavstvo treba da obezbedi uspostavljanje efikasnog, brzog i pravičnog sistema za prijem, obradu i objektivno odlučivanje o zahtevima za isplatu ugovornih obaveza koji predstavljaju zahteve za isplatu naknade zbog smrti ili povrede na radu.

U svim slučajevima, finansijsko obezbeđenje ovog standarda traje do isteka vremena na koje je ugovoreno, osim u izuzetnom slučaju kada pružalac finasijskog obezbeđenja obavesti o okončanju aranžmana 30 dana pre okončanja: brodovlasnika, nadležnu instituciju ili telo države čiju zastavu brod vije. Nacionalnim zakonodavstvom potrebno je predvideti obavezu obaveštavanja nadležnih domaćih tela ili institucija, kao i pomorca o okončanju trajanja sistema finansijske sigurnosti ili njegovom otkazivanju.

Pored svega navedenog, sporazum uključuje i obavezu brodova da među potrebnom dokumentacijom, u svakom momentu, imaju i dokumentaciju kojom dokazuju postojanje sistema finansijske sigurnosti i da je kopija te dokumentacije dostupna i vidljiva svim ukrcanim radnicima na brodu. Isto tako, ukoliko finasijsku sigurnost obezbeđuje iz više izvora, brodovlasnik će za svaki od tih izvora posedovati neophodnu dokumentaciju na svom maternjem jeziku i na engleskom jeziku.[7]

ZAKLJUČAK

Uprkos velikom broju usvojenih međunarodnih konvencija i sporazuma, pomorcima se i dalje događa da u slučaju prestanka ugovora o radu ili sukoba sa poslodavcem ostanu iskrcani u nekoj luci koja nije luka njihovog polaska, odnosno mesto koje su naveli kao mesto iskrcaja za povratak kući. Često, u takvim situacijama pomorci se nađu i bez dovoljnih sredstava za život, transport do mesta prebivališta ili osnovnu zdravstvenu zaštitu. Uključivanjem dve poslednje alineje, koje se odnose na sredstva za izdržavanje pomorca tokom repatrijacije i jednostrani prekid radnog odnosa, u prvi standard, položaj pomoraca i njihova sigurnost su znatno poboljšani.

Specifičnost posla kojim se bave i okolnosti pod kojim obavljaju svoje poslove neretko dovodi do profesionalnih obolenja, povreda, pa čak i smrti pomora-

[7] Dokumentacija sadrži: naziv broda, luku registracije broda, pozivni znak broda, IMO broj, ime i adresu pružaoca finansijske sigurnosti, ime i kontakt podatke osobe zadužene za postupanje po zahtevu pomoraca, ime brodovlasnika, vreme trajanja sporazuma o finansijskoj sigurnosti i potvrdu pružaoca finansijske sigurnosti da sporazum o finansijskoj sigurnosti zadovoljava zahteve iz Standarda A2.5.2.

ca. Do sada su sva prava tog lica ili njegovih naslednika u navedenim slučajevima zavisila od nacionalnog sistema socijalnog osiguranja kom je prema nacionalnosti povređeni/nastradali pripadao. Veliki broj kompanija radi ekonomske isplativnosti sve češće zapošljava radnike iz zemalja trećeg sveta, u kojim državni sistem socijalnog osiguranja ne funkcioniše ili naknade koje ostvaruju nisu adekvatne. Imajući to u vidu, uključivanje standarda vezanih za sisteme osiguranja i finansijke sigurnosti u slučaju oboljenja, povreda i smrti pomoraca znatno će poboljšati njihov položaj i omogućiti im isplate naknada koje će pokrivati kako osnovne životne potrebe njih ili članova njihovih porodica, tako i troškove lečenja ili rehabilitacije povređenih.

Mada se u samoj Direktivi 2018/131 navodi da se odredbe Konvencije br.186 i amandmana iz 2014. godine odnose na poboljšanje uslova života i rada, zdravlja, bezbednosti i socijalnog osiguranja pomoraca na brodovima koji viju zastavu članice EU, njihovo prihvatanje očekuje se od svih država kandidata za članstvo u EU. Zahvaljujući odredbama sadržanim u Direktivi EU 2013/38/EU kojom se predviđa inspekcijski nadzor države luke nad svim brodovima koji uplovljavaju u luke članica EU, standarda iz Amandmana na Konvenciju 186 moraće da se pridržavaju i sve kompanija čiji brodovi uplovljavaju u te luke. Na ovaj način, navedeni amadmani podvrgnuti su mnogo strožem i detaljnijem sistemu nadzora nego što je to slučaj unutar MOR.

Konačno, imajući u vidu da je Republika Srbija članica MOR i da je ratifikovala Međunarodnu konvenciju o radu pomoraca, te nastojanja da postane punopravni član EU, usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa izmenama i dopunama Konvecije je sasvim izvesno. Ovo će imati direktan uticaj na kvalitet zaštite zaposlenih na brodovima koji viju zastavu Republike Srbijes.

IRIS BJELICA-VLAJIĆ, LL.D.,
Lecturer of a high shipping school, Belgrade

LABOR LAW OF SEAFARERS ACCORDING TO THE DIRECTIVE 2018/131

Summary

The EU Directive 2018/131 was made with the intention to improve the employment status of seafarers on ships that fly the EU member states flags by ensuring their financial security.

It would be done by incorporating into the European legislation amendments to the International Convention on the Work of Seafarers (Convention 186). Since it was founded, the International Labor Organization (ILO) has paid special attention to the status of seafarers. With the adoption of Convention no. 186, the ILO tried to regulate the most important issues related to seafarers by a single act. After adoption, Convention no. 186 was, on two occasions amended. In accordance with the agreement reached by the European Ship-owners Association of the European Community (ECSA) and the European Federation of Transport Workers (ETF), amendments from 2014 have become part of European legislation. These acts, together with the most important conventions of the International Maritime Organization (IMO) form a safety system setting minimum of standards to a particularly sensitive category of workers. This paper aims to present the significance of this agreement and the consequences that it will have for members, but also all other countries whose ships sail into European ports.

VERA BAKIĆ

UGOVORI KOJIMA SE NE ZASNIVA RADNI ODNOS SA POSLODAVCEM

– Radna eksploatacija ili način obezbeđenja socijalnog mira –

U V O D

Radni odnos predstavlja centralno obeležje i korelativni pojam ugovora o radu jer se njime izražava njegov smisao i suština (pojmovno i sadržinski). Zakon o radu ne predviđa definiciju radnog odnosa. U doktrini postoji veliki broj definicija radnog odnosa i uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se moglo govoriti da je radni odnos zasnovan. Ipak, jedan uslov je presudan, a to je postojanje ugovora o radu kada je reč o opštem režimu radnog odnosa.[1] Ovakav pristup nam omogućuje da vršimo jasnu distinkciju u odnosu na druge vidove ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, jer on pruža indicije za ocenu vida radnog angažovanja.

Vera Bakić, zastupnik JP "Putevi Srbije".

[1] Tumačenjem odredaba Zakona o radu izvodi se zaključak da domaće radno zakonodavstvo ne poznaje definiciju radnog odnosa, već je ona predmet teorijskih rasprava. U odsustvu zakonske definicije primorani smo da doktrinarno pristupimo formulisanju radnog odnosa, te ga označimo kao 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 naloge 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.

Ugovor je jedan od osnovnih pojmova u pravu uopšte, kako u građanskom, odnosno privatnom, tako i u javnom pravu.[2]

Napuštanjem najamničke koncepcije rada, ugovor o radu postaje važan radnopravni institut. Ugovor o radu nesumnjivo zauzima značajno mesto u radnom pravu jer postojanje ugovora o radu i njemu sličnih ugovora utiče na pozicioniranje radnog prava kao naučne discipline u pravnom sistemu. Osamostaljivanje radnog prava kao posebne naučne discipline nastalo je kako bi se obezbedio intervencionizam države i ograničila sloboda ugovaranja.[3] U teoriji radnog prava prisutna je bipartitna podela na privatno i javno radno pravo. Javni karakter radnom pravu daje statusna podređenost, dok privatni karakter se očituje kroz norme kojima se uređuje ugovorni rad pod vlašću poslodavca. Ekstenzivnost radnom pravu daje, između ostalog, pluralizam ugovora kojima se mogu radno angažovati radnici. Savremeno tržište rada odlikuje se velikim brojem ugovora putem kojih se pruža mogućnost radnog angažovanja. S obzirom na činjenicu da radno ugovorno pravo u izvesnim segmentima odstupa od opštih pravila obligacionog prava, predmet ovog rada je analiza specifičnosti ugovora kojima se ne zasniva radni odnos a koji, pak, predstavljaju pravni osnov za angažovanje radnika. Složenost u ostvarivanju radničkih prava, i pojačana subordinacija koja postoji pri zaključivanju ovakvih ugovora otvara pitanje opravdanosti njihovog postojanja na tržištu rada. Cilj rada je u ukazivanju potrebe da se afirmiše garancijska funkcija ovakvih ugovora koji neretko zaposlene stavljaju u rizik radne eksploatacije i diskriminacije.

REGULATIVA O RADU VAN RADNOG ODNOSA

Savremeni uslovi poslovanja uticali su na fleksibilizaciju standardnog oblika radnog angažovanja i na taj način stvorili prilike tržištu rada da se brzo prila-

[2] Postoje autori koji smatraju da nije moguće izvesti opštu definiciju ugovora, jer taj pojam obuhvata tri različite stvari, tri različita značenja: ugovor kao pravni akt, kao pravni odnos i kao pravni dokument. Ugovor kao pravni akt predstavlja saglasanost volja između dva ili više lica, kojom se zasniva, menja ili ukida određeni pravni odnos. Kao pravni odnos, ugovor je posledica ugovora kao pravnog akta jer on predstavlja jedno pravno stanje koje traje i ukoliko mu je trajnost duža, utoliko je uočljivija razlika izmeću njega i pravnog akta koji ga je proizveo. Ugovor kao pravni dokument je ugovorna isprava, u kojoj su ispisane saglasne izjave volja određenih lica. Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu Beograd, 2012,195.

[3] Prvi koraci u radnopravnoj zaštiti radnika rezultat su, dakle, iznuđene intervencije države u radne odnose. U tom smislu, "prema radnopravnoj teoriji, nastanak i razvoj radnog prava", kao embriona budućih međunarodnih normi o radu i socijalnoj sigurnosti - međunarodnih standarda rada "uslovila je: 1) pojava radnih odnosa i njihovo ugovorno regulisanje; 2) pojava radničkog pokreta i radničke klase; i 3) pojava radničkog zaštitnog zakonodavstva (intervencijom države u radne odnose). Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, 42.

godi ekonomskim interesima poslodavaca.[4] Primena ugovora kojima se ne zasniva radni odnos viđena je kao strukturalna promena koja može na efikasan način da odgovori zahtevima vlasnika kapitala u ostvarivanju konkurentske pozicije u uslovima visoke stope nezaposlenosti.[5] Atipični oblici radnog angažovanja prepoznati su kao *modus vivendi* u rešavanju suprostavljenih zahteva vlasnika kapitala da smanje rizik i neizvesnost u poslovanju i interesa vlasnika radne snage da budu uključeni na tržište rada.[6] Snažan impuls poslodavcima na zaključivanje ovakvih ugovora daje činjenica da se u slučaju prestanka angažovanja ne primenjuju složene odredbe Zakona o radu o prestanku radnog odnosa kao i nemogućnost vodjenja radnog spora. Da bi se kreirala optimalna zakonska rešenja i ostvarile prednosti fleksibilnih oblika radnog angažovanja, neophodno je da se izvrši sveobuhvatna analiza tržišta rada i normativnog okvira u vezi sa ugovorima kojima se ne zasniva radni odnos.

U domaćem pravu, Zakon o radu primarno reguliše radne odnose, uz uvažavanje specifičnih modaliteta radnog angažovanja koja odstupaju od standardnog oblika rada na neodređeno vreme sa punim radnim vremenom, a koji su nastali kao posledica pomenute fleksibilizacije. Nomotehnički posmatrano, zaključujemo da radnopravni propisi neznatan prostor posvećuju ugovorima kojima se ne zasniva radni odnos. Ne postoje opšta pravila koja *grosso modo* obuhvataju ovakve ugovore. U stručnoj i naučnoj javnosti ne postoji jedinstven stav povodom utvrđivanja pravne prirode ugovora kojima se ne zasniva radni odnos. Sa jedne strane, sve ove ugovore možemo označiti kao radne ugovore, jer su u pitanju široko definisane kategorije rada.[7] Naravno, postoje izvesne konceptualne razlike među njima, koje omogućuju da se vrši klasifikacija. Spram toga, postoje autori koji su skloni da pojam rada rigidno i usko tumače, izjednačavajući ga sa radnim odnosom. Prema njima, ovakvi vidovi ugovora uopšte ne bi treba-

[4] Joe Lowther, "Fleksibilnost radne snage i uloga hrvatskih socijalnih partnera u njezinu povećanju", *Financijska teorija i praksa*, br. 4/2003, 459. Interesi poslodavaca zasnivaju se na ostvarenju ekonomskih ciljeva koji se pojavljuju kao odrednica pojma socijalne pravde, dok konkurentnost postaje dominantno merilo tržišnog uspeha. Senad Jašarević, " Fleksibilizacija rada - rešenje ili zabluda", Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/2012, 176.

[5] Efren Cordova, "The Challange of Flexibility in Latin America", *Comparative Labor Law Journal*, 1996, 315.

[6] Andrija Bilić, "Fleksibilni oblici rada i radno pravo", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* Rijeka, br. 2/2009 924.

[7] MOR je 1988. godine organizovala seminar o prekarnom radu sa ciljem ispitivanja mogućnosti da se pristupi ektenzivnom tumačenju pojma rada.

lo da budu regulisani Zakonom o radu, jer se njihovim zaključivanjem ne zasniva radni odnos, već zahteva primena obligaciono-pravnih odredaba. Zaključivanjem ovakvih ugovora, radno pravo se približava obligacionom pravu što znači da statusna koncepcija radnog prava u savremenim uslovima poslovanja ustupa svoje mesto građanskopravnoj.[8] Generično obeležje ovakvih ugovora je da angažovani radnik ne zasniva radni odnos, odnosno, nema status zaposlenog lica.[9] Zaključivanje ugovora o privremeno povremenim poslovima, ugovora o delu, ugovora o stručnom osposobljavanju i usavršavanju, ugovora o dopunskom radu, uređeno je posebnim odredbama Zakona o radu kojima je regulisan rad van radnog odnosa.[10] Intencija zakonodavca bila je da se na taj način ukaže na specifičnost ovakvih oblika radnog angažovanja kojima se odstupa od klasičnog modela zapošljavanja. Zaključivanje ovakvih ugovora doprinosi smanjenju "rada na crno" s obzirom da za sve ove oblike rada van radnog odnosa postoji obaveza poslodavca da uplaćuje doprinose za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje. Postojanje obaveze uplate doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje predviđeno je i Zakonom o penzijsko invalidskom osiguranju[11] i Zakonom o porezu na dohodak građana[12].

Prema Zakonu o penzijsko invalidskom osiguranju, osiguranici zaposleni jesu lica koja u skladu sa zakonom obavljaju privremene i povremene poslove, ako nisu osigurani po drugom osnovu, dok osiguranici samostalnih delatnosti jesu lica koja obavljaju poslove po osnovu ugovora o delu, odnosno poslove po osnovu autorskog ugovora. Zakon o porezu na dohodak građana sadrži odredbe

[8] Kako su odredbe Zakona o radu posvećene zaposlenim licima koja su u radnom odnosu, na subjekte ugovora kojima se ne zasniva radni odnos, u pogledu njihovih prava, obaveza, odgovornosti i prestanka ugovora se primenjuju odredbe zaključenog ugovora.

[9] Pojam "radnik" širi je od pojma "zaposleni", jer se zaposlenim u smislu Zakona o radu smatra samo fizičko lice koje je u radnom odnosu sa poslodavcem. Branko Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Beograd, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, 2014, 18.

[10] Zakon o radu, (Sl. glasnik RS, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17- odluka US i 113/17.

[11] Zakon o penzijsko invalidskom osiguranju, *Službeni 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 I 73/2018.

[12] Zakon o porezu na dohodak građana, Službeni glasnik RS, br. 24/2001, 80/2002 – dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – ispr., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – odluka US, 7/2012 – usklađeni din. Izn., 93/2012, 114/2012 – odluka US, 8/2013 – uskalđeni din. Izn., 47/2013, 48/2013 – ispr., 108/2013, 6/2014 – usklađeni din.izn., 7/2017 – usklađeni din.izn., 113/2017 I 7/2018 – usklađeni din.izn.)

o ostalim prihodim, a to prihodi fizičkog lica koje ostvaruje po osnovu ugovora o delu, ugovora o privremeno povremenim poslovima i po osnovu ugovora o dopunskom radu.

POJAM, VRSTE I SADRŽINA UGOVORA KOJIMA SE NE ZASNIVA RADNI ODNOS

Poslodavac može za obavljanje poslova koji su po svojoj prirodi takvi da ne traju duže od 120 radnih dana u kalendarskoj godini da zaključi ugovor o obavljanju privremenih i povremenih poslova sa nezaposlenim licem, zaposlenim koji radi nepuno radno vreme – do punog radnog vremena i sa korisnikom starosne penzije.[13] Iz navedene odredbe *prima facie* proizlazi da je reč o vremenski ograničenim poslovima. Vremensko ograničenje proizlazi iz privremene prirode ugovora budući da kratkotrajna priroda ugovora opredeljuje režim njihovog ugovaranja.[14] Iako radnik može da bude angažovan na jednom poslu najduže 120 radnih dana po osnovu ovog ugovora, to ne isključuje mogućnost da po isteku tog perioda, u toku iste kalendarske godine, bude angažovan na drugom poslu po osnovu novog ugovora o privremeno povremenim poslovima. Ovi poslovi, po pravilu, nisu predviđeni Pravilnikom o sistematizaciji radnih mesta, što implicira nekoliko zaključaka.[15]

Prvo, to znači da lica angažovana po osnovu ugovora o privremeno povremenim poslovima ne mogu obavljati poslove predviđene Aktom o sistematizaciji radnih mesta. Drugo, ukoliko se prekorači zakonski limit od 120 radnih dana, takav vid angažovanja se ne može preobraziti u radni odnos na neodređeno vre-

[13] Zakon o radu, čl. 197. Invalidski penzioneri mogu da rade samo po osnovu ugovora o delu i ne mogu biti angažovani po osnovu ugovora o radu. Što se porodičnih penzionera tiče, bez obzira na visinu penzije koju primaju, imaju pravo da rade samo po osnovu ugovora o delu ili ugovora o autorskom delu i ostvaruju ugovorenu naknadu na mesečnom nivou u iznosu nižem od 50% najniže osnovice u osiguranju zaposlenih u Srbiji, važeće u momentu uplate doprinosa. U Japanu, zaposleni koji su ostvarili starosni uslov za sticanje penzije mogu ponovo biti integrisani na tržište rada pod privremenim radnim statusom – "shohokutaku" – Keiichiro Hamaguchi, Noboru Ogino, *Non-regular work: Trends, labour law policy, and industrial relations developments – The case of Japan,* International Labour Office Geneva, 2011, 27.

[14] Najčešće su u pitanju poslovi poput prodaje kartica na igru, na sreću, akviziterski i inkasantski poslovi koji se privremeno obavljaju, setva, žetva, branje plodova, otkup žitarica, arheološka iskopavanja, revitalizacija fresaka. Branko Lubarda, *Radno pravo – Rasprava o dostojanstvu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 352.

[15] Sistematizacija radnih mesta, obim i opis poslova, broj izvršilaca i druga pitanja u vezi sa obavljanjem delatnosti, su u isključivoj nadležnosti poslodavca.

me jer nije reč o sistematizovanom radnom mestu. Sistematizacija radnih mesta, obim i opis poslova, broj izvršilaca i druga pitanja u vezi sa obavljanjem delatnosti, su u isključivoj nadležnosti poslodavca. U praksi, međutim, sudovi"često konstatuju da se institut povremenih i privremenih poslova može zloupotrebljavati i koristiti u situacijama kada kod poslodavca postoji stalna potreba za obavljanjem sistematizovanog"posla, ali u i u takvim slučajevima ostaju stava da se ne može preobraziti u radni odnos na neodređeno vreme jer zakon tu vrstu rada tretira kao rad van radnog odnosa koji ne može prerasti u radni odnos na neodređeno vreme. Na taj način dolazimo do paradoksalne situacije, da faktički radni odnos može prerasti u radni odnos na neodređeno vreme, primenom fikcije iz člana 32. stav 2. Zakona o radu, dok"primeni navedene pravne fikcije nema mesta kada je reč o formi rada van radnog odnosa.[16]

Poslodavac može sa određenim licem da zaključi ugovor o delu, radi obavljanja poslova koji su van delatnosti poslodavca, a koji imaju za predmet samostalnu izradu ili opravku određene stvari, samostalno izvršenje određenog fizičkog ili intelektualnog posla.[17] Zaključujemo da je reč o poslovima van delatnosti poslodavca, koji kao takvi nisu predviđeni Pravilnikom o sistematizaciji radnih mesta.[18] Zakon o radu na taj način implicitno dozvoljava radno angažovanje na osnovu ugovora gradjanskog prava, iako u odnosu radnika i poslodavca postoje elementi radnog odnosa.[19] Kao differentia specifica u odnosu na ugovor o radu uzima se nepostojanje subordinacije. Ipak, valja imati u vidu da se u praksi, razlika između ugovora o radu i ugovora o delu nekada teško uočava, čak, i u svetlu kriterijuma (ne)postojanja odnosa subordinacije.[20]

Ugovor o stručnom osposobljavanju može da se zaključi, radi obavljanja pripravničkog staža, odnosno polaganja stručnog ispita, kad je to zakonom, odnosno pravilnikom predviđeno kao poseban uslov za samostalan rad u struci.[21] Premda Zakon o radu za potrebe pripravničkog rada predviđa ugovor kojim se zasniva radni odnos sa pripravnikom,u praksi se vrlo često pristupa ipak ugovoru

[16] Vrhovni kasacioni sud u predmetu Rev 2050/2015 od 11.02.2016. godine.

[17] Zakon o radu, čl. 32, st. 2.

[18] Zakon o radu, čl. 199.

[19] Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, str. 273.

[20] *Ibid, 272.*

[21] Zakon o radu, čl. 201. st. 1.

o stručnom osposobljavanju i usavršavanju.[22] Na taj način zakonodavac omogućuje poslodavcima da izbegavaju primenu odredaba koje su povoljnije za radnike, budući da je u prilici da optira onaj vid radnog angažovanja koji povlači manju odgovornost i obaveze.

S obzirom da se kao imperativ nameće sprečavanje zloupotrebe korišćenja ovakvih ugovora i zaštita pozicije radnika angažovanih u nestandardnim radnim oblicima, postavlja se pitanje da li se pravila koja se odnose na ograničavanje broja sukcesivno zaključenih ugovora o radu na određeno vreme, mogu *mutatis mutandis* primeniti i na ovakve oblike angažovanja. Drugim rečima, da li bi Zakon o radu trebalo da predvidi maksimiziranja njihovog obnavljanja, tj da limitira njihovo ukupno trajanje, kao i da zabrani zaključivanje ovakvih ugovora kada je reč o "stalnim" poslovima, predviđenim Pravilnikom o sistematizaciji radnih mesta. Imajući u vidu da je jedan od ciljeva radnog prava postizanje sigurnosti u zaposlenju, postavlja se pitanje da li je poslodavac obavezan da obavesti radnike, koji premda nisu u radnom odnosu, o slobodnim odnosno upražnjenim radnim mestima, kako bi zaključili ugovor o radu na određeno ili neodređeno vreme i tako preobrazili svoj angažman u radni odnos.[23]

UTICAJ AGENCIJA ZA ZAPOŠLJAVANJE NA MODIFIKACIJU TRADICIONALNOG OBLIKA RADNOG ANGAŽOVANJA

Pojava agencija za privremeno zapošljavanje dovela je do aberacije od tradicionalnog shvatanja pojma radnog odnosa i ekstenzije individualnog radnog odnosa. Agencije za privremeno zapošljavanje su prepoznate kao subjekti koji na delotvoran način mogu odgovoriti dinamici na tržištu rada.[24] Specifičnost ovakvog oblika rada je u tome što ugovor o privremenom radu zaključuju zaposleni i agencija za privremeni rad, pri čemu je ovaj ugovor pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa u agenciji za privremeni rad, s tim da postoji obaveza zaposlenog da izvršava rad ne za svog poslodavca- agenciju, već za drugo preduzeće – korisnika

[22] Prema Mišljenju Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja pitanja br. 011-00-01308/2006-02 od 18. decembra 2006. godine.

[23] B. Lubarda (2014) 124.

[24] Međunarodna organizacija rada je decenijama odbijala da prizna rad ovakvih agencija smatrajući da ne postoji uzročna veza između agencijskog rada i povećanja broja radnih mesta, kao i da u uslovima krize agencijski radnici su u najvećem riziku da izgube posao. Sandra Laleta., Anamarija Križanović, "Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje u hrvatskom, evropskom i uporednom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* Rijeka, 2015, 310.

rada, koje je u ugovornom odnosu neposredno samo sa agencijom za privremeni rad.[25] Prema tome, privremeni rad preko agencije za zapošljavanje je oblik radnog odnosa koji podrazumeva zaključivanje dva različita ugovora: ugovora o radu između agencije za privremeni rad i radnika i ugovora koji zaključuju agencija za privremeni rad i preduzeće korisnik rada.[26] Kao takve, agencije postaju poslodavci i dobijaju značajniju ulogu u ovom tripartitnom odnosu, budući da se ne svode samo posrednika.[27]

Na međunarodnom planu, Evropski parlament i Savet su 19. novembra 2008. godine, doneli Direktivu 2008/104/EZ, u oblasti rada, koja se tiče agencija za posredovanje u zapošljavanju.[28] Direktiva uređuje pitanje stvaranja političkih i institucionalnih okvira za zapošljavanje putem agencija, sa ciljem harmonizacije nacionalnih propisa u kontekstu ostvarenja načela jednakog postupanja i poboljšanja radnopravne pozicije agencijskih radnika.[29] U nacionalnom okviru, Zakonom o radu nije uređeno pitanje zapošljavanja radi ustupanja zaposlenih drugim poslodavcima koji koriste njihov rad.[30] Prema tome, položaj velikog broja radnika koji su angažovani preko agencija za zapošljavanje je i dalje u pravnom vakuumu.[31] Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti jednim delom reguliše osnivanje agencija za zapošljavanje time što predviđa Nacionalnu službu za zapošljavanje i agencije za zapošljavanje kao nosioce poslova zapošlja-

[25] B. Lubarda (2012), 124.

[26] *Ibid.*

[27] Raday, Francis, "The Insider-Outsider Politics of Labour-Only Contracting, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, br. 3/1999, 414. Uputno je ukazati na razliku između privremenog zapošljavanja i posredovanja u zapošljavanju. Privremeno zapošljavanje je delatnost agencije koja zaključuje ugovor o radu sa radnikom, kojeg dalje ustupa korisniku kod koga radnik stvarno obavlja posao. Spram toga, kod ugovora o posredovanju, uloga posrednika je ograničena na traženje prilike za zaposlenje i nastojanje da se zaključi ugovor o radu između radnika i poslodavca. Kristijan Čujko, "Agencije za privremeno zapošljavanje, Pravnik, Vol 37. No. 79, 2004, 39.

[28] Dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ. do?uri=OJ:L:2008:327:0009:0014:EN:PDF.

[29] Zaposleni preko agencija za posredovanje u zapošljavanju su, načelno posmatrano, u diskriminisanom položaju u odnosu na redovno zaposlene u preduzeću – korisniku u pogledu uslova rada.

[30] Zakon o radu ne sadrži odredbe kojima se dozvoljava, niti, pak, zabranjuje rad agencija za zapošljavanje.

[31] Prema podacima Centralnog registra za obavezno socijalno osiguranje, u martu 2016. godine u agencijama koje se nalaze na spisku Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, je bilo zaposleno 10.981 lica, dok je u septembru 2016. godine taj broj iznosio 12.01521.

vanja.[32] Agenciju za zapošljavanje osnivaju pravna i fizička lica radi obaveštavanja o mogućnostima i uslovima za zapošljavanje; posredovanja u zapošljavanju u zemlji i inostranstvu; profesionalne orijentacije i savetovanja o planiranju karijere; sprovođenja pojedinih mera aktivne politike zapošljavanja, na osnovu ugovora sa Nacionalnom službom za zapošljavanje.[33] Dozvolu za rad agenciji izdaje Ministarstvo na osnovu pismenog zahteva, ako agencija ispunjava uslove u pogledu: 1. prostorne i tehničke opremljenosti; 2. stručne osposobljenosti zaposlenih.[34]

Zaključujemo da predmetne odredbe ne pružaju dovoljno informacija o tome ko se smatra poslodavcem, agencija ili korisnik rada, o vrsti i sadržaju ugovora koji agencija zaključuje sa radnikom, o načinu ustupanja radnika korisniku rada, o nadzoru nad izvršenim ustupanjem, o zaštiti koju uživa ustupljeni radnik, o pravima kojima taj radnik raspolaže, o obavezama i odgovornostima agencije i korisnika rada i o kontroli njihovog rada.[35] Da bi se obezbedila optimalna pravna i statusna zaštita agencijskih radnika neophodno je urediti pitanje pravne prirode ugovora koji agencija zaključuje sa radnikom. Indikativno rešenje nalazi se u zaključivanju ugovora o radu na neodređeno ili određeno vreme. Na taj način agencija dobija raspoloživu radnu snagu, dok se radnicima otvara mogućnost da ostvare uslove rada kakve uživaju redovno zaposlena lica u preduzeću – korisniku rada.

Kada je reč o sadržini ugovora koji se zaključuje između agencije i radnika, postavlja se pitanje koliko su radniku "vidljivi" uslovi rada u preduzeću - korisni-

[32] Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 88/10 i 38/15, čl. 7.

[33] Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, čl. 20.

[34] Dozvola za rad može se izdati agenciji koja ima zaposleno najmanje jedno lice sa visokom spremom. Pod stručno osposobljenim licem smatra se lice koje ima najmanje srednju spremu i položen ispit za rad u zapošljavanju. Prostorne i tehničke uslove za rad agencije, uslove u pogledu stručne osposobljenosti zaposlenih, kao i program, sadržinu i način polaganja ispita za rad u zapošljavanju propisuje ministar nadležan za poslove zapošljavanja. Ministarstvo vodi registar izdatih dozvola. Agencijsko zapošljavanje je najliberalnije postavljeno u Švedskoj. Glavni izvor prava u toj materiji su kolektivni ugovori. Zakonom je privremeno zapošljavanje izjednačeno sa svim ostalim vrstama privrednog poslovanja, te za obavljanje te delatnosti nije potrebna nikakva posebna registracija niti prijava nadležnim organima. K. Ćujko, 12. prema Nyström, Birgitta, "The Legal Regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2001, 151.

[35] Maja Jandrić, Danilo Krivokapić, *Profil radnika zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje*, Fondacija centar za demokratiju, 2017, 14. Dostupno na: (*http://www.centaronline.org/en/publication/1765/profil-radnika-zaposlenih-preko-agencija-za-privremeno-zaposljavanje) 21.07.2018.*

ku rada.[36] Oni, naime, i ne mogu biti vidljivi jer ne mogu biti sadržani u aktu kojim se regulišu prava, obaveze i odgovornosti između radnika i agencije, jer preduzeće – korisnik rada ne može biti "treća strana" u ugovornom odnosu.[37] Kako uslovi rada i njihova komutativnost predstavljaju bitan element ugovora o radu, njihova neodređenost i neodredivost dovodi u pitanje valjanost i pravnu održivost tako zaključenog ugovora između agencije i radnika. Ovaj nedostatak mogao bi da se otkloni predviđanjem obaveze zaključenja još jednog ugovora, koji bi radnik zaključio sa preduzećem – korisnikom rada. Na taj način bi se doprinelo osnaženju statusne pozicije radnika u preduzeću – korisniku rada i iscrpnijem regulisanju prava, obaveza i odgovornosti dva subjekta u atipičnom modalitetu radnog angažovanja. Ako se pođe od toga da agencije za zapošljavanje ustupaju radnike unapred određenim poslodavcima, legitimno se otvara pitanje mogućnosti ostvarenja načela slobode izbora rada i poslodavca, kao esencijalnog načela radnog prava.

Kada je reč o pravima kojima agencijski radnik raspolaže, težnja je da ona budu upodobljena pravima redovno zaposlenih lica. Problem može nastupiti kada je reč o ostvarivanju prava na jednaka primanja za rad jednake vrednosti,"iznosu minimalne zarade i ostalih elemenata zarade, naknade zarade, prava na otpremninu, prava na stručno usavršavanje i profesionalno osposobljavanje, prava na godišnji odmor, prava na plaćeno odsustvo, prava na odsustvo usled privremene sprečenosti za rad, , porodiljsko i odsustvo sa rada radi nege ili posebne nege deteta, topli obrok prava na naknadu štete usled povrede na radu, prava na sindikalno organizovanje i kolektivno delovanje i sl. Kada je reč o zaradi agencijskih radnika, postoji mogućnost da ona bude umanjena, budući da se u praksi deo primanja odbija na ime naknade koju uzima agencija za pružene usluge zapošljavanja. Ugovor o privremeno povremenim poslovima, koji je dominantan u ovakvom agencijskom zapošljavanju, ne predviđa mogućnost korišćenja godiš-

[36] Francusko pravo razlikuje dve vrste ugovora koje sklapaju agencija za zapošljavanje i "lizing" radnici. Prvi sklapaju agencija i korisnik - komercijalni ugovor, (eng. the Contract of Assignment). On se zaključuje za svakog pojedinog radnika kojeg agencija ustupa korisniku. U njemu se moraju navesti razlozi zapošljavanja, radna kvalifikacija radnika, mesto gde će se obavljati posao, radno vreme, odredbe o zaradi, mogući rizici za zdravlje i druge pojedinosti (npr. ime privremeno odsutnog radnika koji na taj način biva zamenjen). Druga vrsta ugovora je radnopravne prirode (eng. the Contract of Employment) i sadrži sve podatke iz komercijalnog ugovora uz dodatne odredbe o iznosu zarade, kvalifikacijama radnika, trajanju probnog rada, o socijalnom osiguranju i sl. K. Čujko, 44.

[37] Više o tome: Mario Reljanović, "Dostojanstvo na lizing", *https://pescanik.net/dostojanstvo-na-lizing,* 03.07.2018.

njeg odmora, čime se narušava zaštitni karakter socijalnog javnog poretka i dovodi u pitanje produktivnost rada agencijskog radnika.[38] U praksi se agencijskim radnicima pravo na godišnji odmor najčešće supstituiše pravom na neplaćeno odsustvo.[39] Dalje, zbog specifične prirode radnog angažovanja, agencijski radnici kratko vreme provode na istom radnom mestu, menjaju im se poslodavci, što onemogućuje priliku da se stručno usavršavaju i profesionalno osposobljavaju. Njihova česta kretanja na tržištu rada i promene radnih pozicija onemogućuju stvaranje solidarnosti i kohezije sa ostalim radnicima, čime se stvaraju prepreke za utemeljeno sindikalno organizovanje i kolektivno delovanje. Ostvarenje načela jednakog postupanja i stvaranja uporedivih uslova rada sa redovno zaposlenima zahteva ograničavanje broja agencijskih radnika.[40]

Naime, masovno korišćenje ovakvog vida radnog angažovanja može uzrokovati smanjenje broja redovno zaposlenih, pa čak i njihovo nepostojanje. Na taj način se gubi mogućnost vršenja komparacije i stvaranja uporedivih uslova rada. Komparacija uslova rada, takođe nije moguća ni ukoliko Pravilnik o sistematizaciji radnih mesta ne predviđa određeno radno mesto na kojem je angažovan agencijski radnik.[41] U slučaju povrede na radu ili prouzrokovanja druge štete agencijskom radniku, može se postaviti pitanje pasivne legitimacije?[42] Odgovornim licem se u tom slučaju mogu tretirati i agencija sa kojom ima zaključen ugovor, i preduzeće – korisnik rada koje ima obavezu da omogući bezbednost i zdravlje na radu ne samo zaposlenih, već svih lica koja se zateknu u radnoj

[38] Godišnji odmor je opšti uslov rada i individualno pravo zaposlenog da bude oslobođen obaveze izvršavanja rada u određenom periodu, kako bi se zaštitilo zdravlje zaposlenog, smanjila izloženost rizicima posla, omogućilo psihičko i intelektualno opuštanje, relaksacija, zabava i smanjenje kumulirane radne zamorenosti za jedan duži period. B. Lubarda (2014), 202.

[39] Na taj način se, bez ikakvog pravnog utemeljenja, dozvoljava zamena zakonskog, neotuđivog prava na godišnji odmor, diskrecionom slobodom poslodavca da radniku odobri neplaćeno odsustvo.

[40] https://www.blic.rs/biznis/radnici-na-lizing-imace-ista-prava-kao-i-drugi-zaposleni-a-evo-kako-su-prosli/mens4tr

[41] *Tako na primer, u Naftnoj industriji Srbije, uslovi agencijskih radnika nemaju sa čime da se uporede jer NIS u stalnom radnom odnosu, odnosno sistematizaciji nema točioce goriva. Više o tome: https://www.blic.rs/biznis/radnici-na-lizing-imace-ista-prava-kao-i-drugi-zaposleni-a-evo-kako-su-prosli/mens4tr,* 04.08.2018.

[42] Više o tome: Mario Reljanović, "Dostojanstvo na lizing", *https://pescanik.net/dostojanstvo-na-lizing,* 03.07.2018.

okolini radi obavljanja određenih poslova, ako je o njihovom prisustvu upoznat.[43] Imajući u vidu sve navedeno, stava smo, da agencije za zapošljavanje mogu i treba da postoje, ali je centralno pitanje stvaranje valjane zaštite agencijskih radnika i ograničavanje njihovog broja. Zbog toga je neophodna hitna normativna reakcija, po mogućstvu u formi posebnog zakona, kojom bi se odredilo područje delovanja i ovlašćenja agencija za zapošljavanje.

ZAKLJUČAK

Novo zapošljavanje odnosno radno angažovanje je primarni zadatak svake države koja nastoji da ostvari socijalni mir i socijalnu sigurnost. I kod ovakvih oblika radnog angažovanja, mi možemo naći opravdanje u nastojanju države da vodi i ostvari politiku pune zaposlenosti, iako se takvim ugovorima ne pruža apsolutna zaštita radnika koju po prirodi podrazumeva radni odnos. Narušavanju instituta radnog odnosa doprinosi intenziviranje ovakvih oblika radnog angažovanja i zaključivanje ugovora koji dobijaju stihijske razmere. Zaključili smo da postoje različiti pravni, ekonomski, socijalni i etički faktori koji stimulišu i afirmišu ovakve vidove radnog angažovanja. Prednosti ovakvih ugovora očituju se u suzbijanju "sive ekonomije", ublažavanju visoke stope nezaposlenosti, lakšem pronalaženju posla za nezaposlenog radnika, prelasku na bolje plaćeni posao, mogućnosti savladavanja novih veština i stvaranju prilika za rad starijim radnosposobnim licima i ženama, kao teže zapošljivim kategorijama radnika. I pored toga što postoje radnosposobni subjekti koje ne žele celokupan radni vek da provedu radeći za istog poslodavca, to ne znači da oni ne žele da, poput zaposlenih, uživaju zakonsku zaštitu, socijalnu sigurnost i socijalni mir. Ugovori kojima se ne zasniva radni odnos treba da predstavljaju svojevrsni "most" ka radnom odnosu na neodređeno vreme, a ne da tradicionalni oblik radnog angažovanja stvaraju anahronim. Postavlja se pitanje da li rizici i teškoće koje u praksi prati zaključivanje ovih ugovora opravdavaju postavljanje strožih uslova pri zaključivanju istih. U pronalaženju odgovora na ovo pitanje mora se voditi računa o visokoj stopi nezaposlenosti i visokom procentu marginalizovanih kategorija radnosposobnih subjekata kojima se ovakav vid radnog angažovanja često nameće kao jedina solucija za uključivanje na tržište rada.

[43] Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni. glasnik RS*, br. 101/2005, 91/2005 i 113/2017 – dr. zakon čl. 5, st. 1, al. 7.

VERA BAKIĆ, M.A.
Agent Public Compani "Road of Serbia"

CONTRACTS WHICH NOT INVOLVE THE ESTABLISHMENT OF AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

- Work exploitation or way of realization security of the social work -

Summary

The subject of this paper is consideration, identification an analzisis non-standard forms of wor engagement. Frequent quantitative and qualitative changes in regulations and relationships in the labor market and labor force fluctuations are caused by modifications of traditional labor law institutes, which condition the need to regulate subjects.What are the factors that influence the emergence of flexibility in the labor market? What is the level of protection for workers who work on contracts that are not based on employement? To what extent do they enjoy social security and social peace? Who has the obligation to create favorable conditions for realization of social peace and social security? Has the introduction of employment agencies contributed to the increased engagement of labor – efficient individuals? These are just some of the crucial questions that require the attention of the scientific and professional public, because the protection of these "invisible" categories of workers creates the possibility of forming a stable"and sustainable labor law system, within which limits the employer's ability to act unlawfully with forms of work engagement which not involve the establishment of an employment relationship.

VESNA STOJANOVIĆ

PRAVO NA INVALIDSKU PENZIJU

– Sadašnje stanje i moguće promene –

U V O D

U Ustavu Republike Srbije[1] utvrđeno je da građani i porodice imaju pravo na socijalnu zaštitu, čije se pružanje zasniva na načelima socijalne pravde, humanizma i poštovanja ljudskog dostojanstva. Ustavom je utvrđeno da se zakonom osnivaju fondovi socijalnog osiguranja kao i da se penzijsko osiguranje uređuje zakonom. Republika Srbija i stara se o ekonomskoj sigurnosti penzionera. Sve ove ustavne kategorije obezbeđuju građanima socijalno osiguranje i socijalnu sigurnost u svim situacijama kada nastupi osigurani slučaj (osigurani slučaj je: starost, invalidnost ili smrt) i kada se ispune osnovne zakonske pretpostavke za korišćenje prava iz penzijskog osiguranja.

U zadnjih nekoliko decenija socijalno osiguranje, prvenstveno penzijsko i invalidsko prolazilo je kroz više faza u kojima se uglavnom broj i obim prava smanjivao usled finansijskih i drugih ograničenja fondova penzijskog i invalid-

Dr Vesna Stojanović, docent Fakulteta za poslovne studije i pravo Univerziteta Union Nikola Tesla u Beogradu.

[1] "Sl. glasnik RS", br. 98/06, čl. 69 i čl. 70.

skog osiguranja da obezbede nesmetanu isplatu prinadležnosti odnosno prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja.

Opšte prisutno mišljenje i stav je da se kasa Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje neredovno i nedovoljno puni doprinosima u meri koja bi bila dovoljna za izmirenje mesečnih novčanih obaveza prema korisnicima prava, tako da je finansijska intervencija države neophodna kako bi se obezbedila redovna i blagovremena isplata penzija i drugih prava. Iz statističkih podataka Fonda[2] može se zaključiti se broj korisnika prava značajno ne smanjuje izuzev korisnika prava na invalidsku penziju, kojih je u odnosu na ostale nešto manji broj i pokazuje blagu tendenciju opadanja broja korisnika.

Invalidska penzija po sadašnjim i po ranijim propisima imala je viši nominalni iznos od starosne ili porodične penzije, tako da je u tom smislu bila prihvatljivija bez obzira na zdravstveni momenat i gubitak radne sposobnosti.

Tema ovog rada je sagledavanje nekih pitanja vezanih za gubitak radne sposobnosti i mogućnosti preostalog radnog potencijala koji postoji u preostaloj radnoj sposobnosti, čije postojanje se po mišljenju autora ovog teksta dokazuje uključivanjem invalidskih penzionera u obavezno osiguranje putem ugovora o delu ili autorskog ugovora. Zakon ne zabranjuje korisniku invalidske penzije da radi po nekom od navedenih ugovora, ali ne i po ugovoru o radu. Potpisivanjem ugovora o radu invalidskom penzioneru se obustavlja isplata penzije i poziva se na kontrolni pregled radi ponovne ocene, nalaza i mišljenja o njegovom zdravstvenom stanju i radnoj sposobnosti.

USLOVI ZA OSTVARIVANjE PRAVA NA INVALIDSKU PENZIJU

Pravo na invalidsku penziju je pravo iz obaveznog socijalnog osiguranja koje se ostvaruje pod zakonom propisanim uslovima. Po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije[3], invalidnost postoji onda kada nastupi potpuni gubitak radne sposobnosti, odnosno kad kod profesionalnog vojnog lica nastane potpuni gubitak sposobnosti za profesionalnu vojnu službu, zbog

[2] Videti sajt: www.rf.pio. Pristup sajtu 09.09.2018.

[3] "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 i 142/2014. (u daljem tekstu Zakon).

promena u zdravstvenom stanju prouzrokovanih povredom na radu, profesionalnom bolešću, povredom van rada ili bolešću, koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom Za ostvarivanje prava na invalidsku penziju pored potpunog gubitka radne sposobnosti zaposlenog potreban je još jedan uslov a to je minimum godina uplaćenih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. Pravo na invalidsku penziju stiče osiguranik kod koga nastupi potpuni gubitak radne sposobnosti. Uzroci invalidnosti su od značaja 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.

Profesor Lubarda ističe iskustvo u uporednom pravu[4] da visina invalidske penzije zavisi od uzroka nesposobnosti za rad/invaidnosti. U zemljama u kojima su profesionalni rizici izdvojeni u posebnu granu socijalnog osiguranja, davanja po osnovu povreda na radu ili profesionalnih bolesti znatno su viša od invalidske penzije po osnovu bolesti ili povrede van rada. Zakonodavac je odredio da postoje četiri uzroka nastanka invalidnosti kod zaposlenog, odnosno kod osiguranika i to: povreda na radu, profesionalna bolest, bolest i povreda van rada. Pravo na invalidsku penziju ostvaruje se samo dok je podnosilac zahteva u osiguranju ali ne mora da bude u radnom odnosu.

Povreda na radu

Socijalna valorizacija rada ogleda se u povoljnijim uslovima za sticanje prava kad je uzrok invalidnosti povreda na radu, odnosno povreda na redovnom putu od stana do mesta rada. Povoljniji uslovi za sticanje prava na invalidsku penziju postoje i ako je invalidnost posledica nesrećnog slučaja ili više sile za vreme obavljanja posla po osnovu koga je obavezno osiguran ili u vezi sa njim, kao i ako je u vezi sa korišćenjem prava na zdravstvenu zaštitu po osnovu povrede na radu ili profesionalne bolesti[5]. Povredom na radu smatra se i povreda koja je nastala kod osiguranika koji učestvuje u akcijama spasavanja ili odbrane od elementarnih nepogoda ili nesreća; učestvovanje na vijnim vežbama ili drugih obaveza odbrane zemlje; povredom na radnom kampu ili takmičenju (proizvodnom ili sportskom); kao i na drugim poslovima koju su od opšteg interesa. Pravo na invalidsku penziju se, tako, stiče po liberalnijim uslovima ako je invalidnost izazvana

[4] Lubarda., B. *Uvod u radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016, str. 519.

[5] Isto, str. 519.

profesionalnim rizicima u odnosu na van profesionalne[6]. Kada je uzrok invalidnosti povreda na radu[7] ili profesionalna bolest[8] zakonodavac nije uslovio dužinom staža osiguranja ostvarivanje prava na invalidsku penziju. Doslovno, moguć je i jedan dan staža osiguranja, kada se dogodi potpuni gubitak radne sposobnosti usled povrede na radu odnosno nesreće na poslu. Ako je invalidnost posledica bolesti ili povrede van posla, potreban je minimum od pet godina staža osiguranja odnosno najmanje pet godina uplaćenih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje.

Izuzeci u pogledu godina života i godina staža osiguranja za ostvarivanje prava na invalidsku penziju

Zakonodavac je, učinio izuzetak kod situacije kada nastupi invalidnost osiguraniku pre navršenih 30 godina života. Ako nastupi invalidnost pre navršenih 20 godina života, za ostavrivanje prava na invalidsku penziju potrebna je najmanje jedna godina staža osiguranja, ako invalidnost nastupi do 25 godina života potrebne su dve godine staža osiguranja i ako je invalidnost nastala do 30 godina života, neophodno je da osiguranik ima tri godine staža osiguranja.

VEŠTAČEJE RADNE SPOSOBNOSTI

Postupak za ostvarivanje prava pokreće se podnošenjem medicinske i radne dokumentacije nadležnoj filijali Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje

[6] Isto, str. 519..

[7] Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu, ("Sl. glasnik RS", br. 101/05, 9/15, 117/17 . dr. zakon), utvrđeno je da izveštaj o povredi na radu, profesionalnom oboljenju i oboljenju u vezi sa radom koji se dogode na radnom mestu, poslodavac dostavlja zaposlenom koji je pretrpeo povredu, odnosno oboljenje kao i organizacijama nadležnim za zdravstveno i penzijsko i invalidsko osiguranje. Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju je predviđeno šta se smatra povredom na radu. Povredom na radu se smatra se i povreda koju osiguranik pretrpi na redovnom putu od stana do mesta rada ili obrnuto, na putu preduzetom radi izvršenja službenih poslova i na putu preduzetom radi stupanja na rad, kao i drugim slučajevima utvrđenim zakonom. Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju utvrdio je da se povredom na radu smatra i povreda koja se osiguraniku dogodi u akcijama spasavanja ili odbrane od elementarnih nepogoda ili nesreća; u vojnoj vežbi ili u vršenju drugih obaveza iz oblasti odbrane zemlje utvrđenih zakonom; na radnom kampu ili takmičenju (proizvodnom, sportskom i dr.); na drugim poslovima i zadacima za koje je zakonom utvrđeno da su od opšteg interesa.

[8] Pravilnik o utvrđivanju profesionalnih bolesti, ("Sl.glasnik RS", br. 105/03). Ovim pravilnikom utvrđuju se profesionalne bolesti, radna mesta, odnosno poslovi na kojima se bolesti pojavljuju i uslovi pod kojima se smatraju profesionalnim bolestima.

na propisani način. Komisija lekara veštaka određene specijalnosti vrši pregled medicinske dokumentacije kao i osiguranika i u skladu sa odredbama Pravilnika o obrazovanju i načinu rada organa veštačenja Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje[9] donosi odgovarajući nalaz, ocenu i mišljenje o stanju zdravlja odnosno radne sposobnosti osiguranika. Bitno je naglasiti da je pri utvrđivanju nalaza, ocene i mišljenja nesporno da je zdravstveno stanje takvo i da je definitivno lečenje završeno i da je kod osiguranika nastupio potpuni gubitak radne sposobnosti.

Pri ocenjivanju radne sposobnosti organ veštačenja uzima u razmatranje, pored zdrvstvenog stanja zaposlenog, čitav kompleks relevantnih činjenica koje su u vezi sa organizacijom rada, tehnološkim postupkom, poslovima i radnim zadacima, stručnim znanjem radnika, sredstvima za rad, uslovima rada u kojima se poslovi obavljaju, fizičke, hemiske i biološke štetnosti koje proizilaze iz tehničkog procea rada, potrebne telesne i psihofizičke aktivnosti u toku rada težinu rada i slično.

U radu tzv. invalidskih komisija bili su prisutni ne samo lekari određenih specijalnosti već su u komisiji radili i stručnjaci drugih profesija (pravnici, psiholozi, defektolozi, socijalni radnici i drugi), tako da se celovitije sagledavala invalidnost i preostala radna sposobnost kao i mogućnost zapošljavanja, profesionalne rehabilitacije i drugo.

Raniji propisi (pre 2003. godine i renije), poznavali su ostatak radne sposobnosti, odnosno deo nenarušene radne sposobnosti (takozvanu drugu i treću kategoriju invalidnosti). Tadašnji zakoni omogućavali su invalidu II ili invalidu III kategorije invalidnosti da radi skraćeno radno vreme, ili da promeni radno mesto, stručno se osposobi za drugi posao, prekvalifalifikuje ili dokvalifikuje i nastavi da radi putem različitih formi rada.

U medicinskom smislu pod pojmom radne sposobnosti podrazumeva se sposobnost pojedinca za obavljanjem ma koje vrste rada. To je sposobnost čovekovog organizma da u toku rada održi unutrašnju fiziološku ravnotežu što je moguće potpunije u odnosu na stanje mirovanja i da po prestanku rada brzo i u potpunosti uspostavi sve one oblike ravnoteže koji su makar i u najmanjoj meri odstupili od bazičnih fizioloških vrednosti[10].

---

[9] "Sl. glasnik RS", br. 59/08, 75/08 – ispr., 24/11 i 7/12.

[10] Pavlović., M., Vidaković, A., (priređivači), Ocenjivanje radne sposobnosti, zbirka stručnih radova iz oblasti medicinske nauke, GIP "Elvod – print" Lazarevac, 2003, str. 5.

U istom duhu medicinske definicije radne sposobnosti je i definicija invalidnosti po Zakonu (iz 2003. godine), koja je bitno pooštrena i potpuno promenjena u odnosu na ranije propise, jer od tada ne postoji "smanjena radna sposobnost", ne postoji ni "svoj posao" u odnosu na koji se pre 2003. godine cenila invalidnost, već se gubitak radne sposobnosti ceni u odnosu na bilo koji posao[11].

U pojmu invalidnosti, izuzev kod profesionalnih vojnih lica kod kojih se ona ceni drugačije, ne postoji ni razlika u odnosu na različite kategorije osiguranika, već je ona identična za sve kategorije osiguranika: zaposleni (izuzev profesionalnih vojnih lica), samostalnih delatnosti i poljoprivrednika[12].

Zakonom je predviđen i kontrolni pregled radne sposobnosti odnosno zdravstvenog statusa korisnika prava na invalidsku penziju u roku do tri godine. Kontrolni pregled obavlja nadležna komisija lekara veštaka Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje (koja je sprovodila prvobitni postupak ocene radne sposobnosti). Izuzetak od ovog pravila su stariji od 58 godina života kao i oni korisnici prava čija dijagnoza ne ukazuje na mogućnost poboljšanja radne sposobnosti. Obaveza odazivanja na kontrolni pregled korisnika invalidske penzije je imperativne prirode i uslovljena je obustavom isplate penzije ako se korisnik ne odazove na poziv.

Pravo na invalidsku penziju može se ostvariti kada se utvrdi potpuni gubitak radne sposobnosti do godina života potrebnih za ostvarivanje prava na starosnu penziju.

Ako je osiguranik radio u inostranstvu uključujući i bivše jugoslovenske republike, o pravu na deo invalidske penzije odlučivaće se kod inostranog nosioca obaveznog penzijskog i invalidskog osiguranja po njihovim propisima.

GUBITKA RADNE SPOSOBNOSTI I PITANJE PREOSTALE RADNE SPOSOBNOSTI

Po propisima koji su bili na snazi u ranijem periodu (pre 2003. godine i ranije), a koji su uređivali prava iz invalidskog osiguranja, fleksibilnije su postavljali pitanje radne sposobnosti i preostale radne sposobnosti. Tadašnji propisi dozvoljavali su mogućnost da invalid rada II kategorije invalidnosti radi polovinu od

[11] Radifković, Lj., i Rakić., N, "Komentar i primena Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju", CEKOS IN, Beograd, 2011, str. 45.

[12] Isto, str. 45.

punog radnog vremena (četiri časa dnevno) ili invalid III kategorije radi na drugom odgovarajućem poslu i s tim u vezi ostvarivanja prava na odgovarajuće naknade po osnovu invalidnosti. Tadašnji zakoni dozvoljavali su da zaposleni može da nastavi da radi sa ostatkom radne sposobnosti odnosno sa delom ne narušene radne sposobnosti na svom radnom mestu ili drugom radnom mestu ili da se profesionalnom rehabilitacijom ili prekvalifikacijom osposobi za rad na drugom radnom mestu odnosno drugom poslu.

Interesantno je porediti zakonsku definiciju radne sposobnosti i invalidnosti po odredbama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (koji pravi razliku u vezi radne sposobnosti i invalidnosti kod vojnih lica u odnosu na radnu sposobnost i invalidnost civilnih lica), sa definicijom u Zakonu o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom[13] kao i radnu sposobnosti klasifikovanu u izvesne stepene ili kategorije u skladu sa odredbama Pravilnika o obližem načinu, troškovima i kriterijumima za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja osoba sa invaliditetom[14]

U navedenom pravilniku utvrđeno je postojanje tri odnosno četiri "nivoa" teškoća i prepreka koje utiču na radnu sposobnost osoba sa invaliditetom i na njihovu sposobnost i mogućnost da se zaposle ili održe zaposlenje. U vezi sa tim, s pravom se može postaviti pitanje da li zaposleni kod koga nastupi potpuni gubitak radne sposobnosti po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju, ipak poseduje deo neprepoznate radne sposobnosti. Postoji svakako opravdana dilema da li je kod potpunog gubitka radne sposobnosti zaposlenog, ostao deo neprepoznate odnosno neutvrđene radne sposobnosti, sa kojom bi on mogao da obavlja neke poslove iz svoje ili neke druge profesije ili možda manje značajne ili manje plaćene poslove, ali ipak korisne poslove za njega lično, korisne za poslodavca kao i za društvo u celini.

Potpuni i trajni gubitak radne sposobnosti je nateži oblik manifestacije invalidnosti. Invalidnost se može manifestvovati i u blažem obliku, odnosno kao smanjenje radne sposobnosti, kada se kod invalida zadržava određena – preo-

[13] Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom ("Sl. glasnik RS", br. 36/09, 32/13). Odredbe ovog zakona regulišu zapošljavanje osoba sa invaliditetom i mogućnost osposobljavanja, prekvalifikacije i dokvalifikacije za neke poslove koje bi te osobe mogle da obavljaju u zaštitnim radionicama, radnim centrima, socijalnim prduzećima ili drugim pravnim subjektima.

[14] "Sl. glasnik RS", br. 36/10, 97/13. Ovaj pravilnik je donet u cilju primene Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom a kojim se uređuje pravni položaj osoba sa invaliditetom.

stala radna sposobnost. Međutim, takva invalidnost nije predviđena Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju, već Zakonom o radu[15], kojim je predviđena dužnost poslodavca da licu sa invaliditetom ili pogoršanim zdravstvenim stanjem, obezbedi obavljanje poslova prema njihovoj radnoj sposobnosti. Ovde je reč o invalidu sa preostalom radnom sposobnošću, odnosno licu kod kojeg postoji opasnost od nastupanja invalidnosti[16].

Treba naglasiti, kao i na početku ovog rada, da su se mnoga prava iz invalidskog osiguranja izgubila tako da po odredbama važećeg Zakona u odnosu na predhodne zakone ne postoje prava po osnovu preostale radne sposobnosti i to: raspoređivanje na drugo radno mesto, odnosno zapošljavanje na drugom, odgovarajućem poslu; pravo na prekvalifikaciju ili dokvalifikaciju muškaraca mlađih od 50 godina i žena mlađih od 45 godina; pravo za slučaj opasnosti od nastanka invalidnosti; kao i pravo na novčanu naknadu i materijalno obezbeđenje u predhodno navedenim slučajevima.

Ovo samo potvrđuje činjenicu da radna sposobnost postoji i posle proglašenja potpunog gubitka radne sposobnosti i sticanja statusa invalidskog penzionera.

ZAKLJUČAK

Budući propisi iz ove oblasti trebalo bi da na nov, fleksibilniji način definišu pojam invalidnost odnosno gubitak radne sposobnosti kao i preostalu radnu sposobnost i da afirmišu mogućnost zapošljavanja odnosno rada korisnika invalidske penzije. U krug lica koje je potrebno "uvesti" i zaštiti u Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju su i osobe sa invaliditetom koje stiču taj status po odredbama Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom i podzakonskim aktima za njegovu primenu. U skladu sa savremenim zahtevima modernog prava, potrebno je doneti jedan jedinstven zakon odnosno kodifikova-

[15] "Sl. glasnik RS", br.24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, - Odluka US i 113/17. Isto tako i Zakon o radu iz 1996. godine, utvrđivao je obavezu poslodavca da zaoslenog invalida rada, kao i zaposlenog koji radi na poslovima na kojima postoji opasnost od nastanka invalidnosti rasporedi na drugo odgovarajuće radno mesto. Tadašnji Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju poznavao je II i III kategoriju invalidnosti i shodno svakoj kategoriji određivao prava i obaveze poslodavca prema zaposlenim invalidima rada.

[16] Jovanović, P., Radno pravo, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2015, str. 468.

ti sve propise koji se odnose na invalidsko osiguranje i invalidsku zaštitu osoba sa invaliditetom i korisnika prava iz invalidskog osiguranja.

VESNA STOJANOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Business Studies
and Law, University "Union – Nikola Tesla", Belgrade

THE RIGHT TO DISABILITY PENSION
– Status quo and possible changes –

Summary

The right to disability pension is a right of mandatory social insurance, which is attained under the law, when (by under stated circumstances) disability becomes apparent, i.e. the complete loss of ability to work, respectively when a professional military service member loses all ability for professional military service, due to changes in their health condition caused by a workplace injury, workplace illness, injury or illness outside of the workplace, which cannot be removed by medical rehabilitation. In addition to the complete loss of ability to work, another requirement needs to be met, and that is the minim number of years that pension and disability insurance has been contributed to.

By laws that have been in place in an earlier period (before 2003 and earlier), and which had regulated laws of disability insurance, have more flexibly posed the question of the ability to work and capacity to work, as well as the possibility of the disabled individual to work in categories II and III, and therefore also establishing the appropriate reimbursement on the basis of disability.

JOVANA PETROVIĆ

SUDSKA ZAŠTITA OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU

U V O D

Moderno pravo suočava se sa potrebom unapređivanja zaštite fizičke, mentalne i socijalne dobrobiti zaposlenih na radu. Navedenu potrebu u velikoj meri podstiču organizacione promene, praćene procesima globalizacije i tranzicije savremenih društvenih odnosa. Složenost društvenih odnosa, uslovljena ovim procesima, dovela je do značajnih izmena u sferi radnih odnosa.

Naime, organizacione promene u radu, sve veći broja nezaposlenih lica, povećanje stope konkurentnosti i recesije, a samim tim i nesigurnosti radnih mesta, reflektovalo se na pogoršanje uslova rada i sve izraženije psihosocijalno opterećivanje zaposlenih. Uskraćivanje prava iz radnih odnosa, obaveza prekomernog rada, rada na poslovima koji ne odgovaraju stepenu stručne spreme, neredovno isplaćivanje zarada, konstantna kritikovanja, vređanja, samo su neke od posledica savremenih industrijskih odnosa. Posledice koje dovode do pogoršanje radne klime kao i međuljudskih odnosa zaposlenih odnosno širenju intriga, porastu nesigurnosti i napetosti u radnom okruženju, stvaranju konflikata, a sve to stvara pretopostavke za pojavu mobinga odnosno zlostavljanje na radu.

Jovana Petrović, student druge godine doktorskih akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Naime, u takvim uslovima, sa konstantno prisutnim strahom od otkaza, pojedini zaposleni pribegavaju aktivnostima kojima žele zaštititi svoj položaj i sačuvati radno mesto, a koje se ogledaju u diskreditovanju kolega, kako bi se na nelojalan način rešili pitanja konkurencije.[1] Nasilje na radnom mestu predstavlja pojavu koja ozbiljno ugrožava zaposlene širom sveta. Bez obzira da li se radi o fizičkom, psihičkom ili seksualnom zlostavljanju, nasilje na radnom mestu postalo je globalna pojava, koja prevazilazi granice pojedinih država, profesija i radnog okruženja. Naime, ovaj vid zlostavljanja prepoznat je kao najčešći oblik povrede osnovnih ljudskih prava – prava na lično i profesionalno dostojanstvo i prava na dostojanstven rad.

Upravo iz tog razloga, uspostavljanje efikasnog sistema prevencije i zaštite od svih oblika nasilja, odnosno zlostavljanja na radnom mestu, trebalo bi da bude jedan od primarnih zadataka svake moderne države. S tim u vezi, neophodno je napomenuti da je naša zemlja posebnim zakonom pravno regulisala pitanje zaštite od zlostavljanja na radu i time u velikoj meri doprinela stvaranju optimalne radne sredine i međuljudskih odnosa zasnovanih na saradnji, kolegijalnosti i timskom radu, uz poštovanje dostojanstva ličnosti kao suštinske tačke uspešnog poslovanja. Naime, donošenjem Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu stvoren je normativni okvir za obezbeđenje celovitog i preventivnog sistema zaštite od zlostavljanja na radu, koji bi zaposlenima omogućio brzu i efikasnu zaštitu putem kratkih rokova za postupanje i veći broj privremenih zaštitnih mera.

Odredbama Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu podiže se svest o štetnom dejstvu zlostavljanja na radu i potrebi sankcionisanja takvog ponašanja, utiče se na poslodavca da deluje preventivno i time spreči pojavu zlostavljanja u radnom ambijentu, precizira se procesuiranje odgovornih lica u slučaju mobinga i uspostavlja se adekvatna kazna i društena osuda. Pravni aspekt zlostavljanja na radu mora sintetisati sve rezultate, znanja i odlike sociološke, psihološke, ekonomske i medicinske prirode radi podrobne analize postojećeg stanja u oblasti zlostavljanja na radu, a u cilju stvaranja efikasne pravne zaštite u celosti – od prevencije, preko pružanja zaštite zaposlenom kao primarne dužnosti poslodavca, pa do garantovanja pravne zaštite zaposlenih u sudskom postupku.

[1] Slično tome: B. Boranijašević, Postupak za zaštitu od zlostavljanja na radu, Međunarodna konferencija - Pravni sistem i društvena kriza, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica, 2011, str. 58.

Postpak zaštite od zlostavljanja na radu

Usvajanjem Zakona o zabrani zlostavljanja na radu kao lex specialis zabranjen je bilo koji vid zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom pa je tako ovim zakonom predviđen specifičan postupak zaštite od zlostavljanja na radu. Zaštita od zlostavljanja na radu ostvaruje se na tri nivoa: 1) kod poslodavca; 2) pred arbitražom i 3) sudskim putem.[2]

Prvi vid zaštite od zlostavljanja ostvaruje se, pre svega, kod poslodavca. Mehanizam zaštite kod poslodavca obuhvata niz mera i postupanja koje se odvijaju u više segmenata, aktivnosti, a sve skupa mogu se grupisati u dva postupka:

a) postupanje pre pokretanja postupka za zaštitu kod poslodavca (prevencija i postupak podrške); i

b) postupanje kada je pokrenut postupak zaštite kod poslodavca (postupak posredovanje – medijacija od strane neutralnog i nepristrasnog lica i mogućnost utvrđivanja odgovornosti zaposlenog).

Druga procesna mogućnost koja stoji na raspolaganju licu koje smatra da je zlostavljano na radu je da pokrene postupak pred Agencijom za mirno rešavanje radnih sporova radi sprovođenja postupka od strane arbitra upisanog u Imenik miritelja i arbitara. Ovaj način rešavanja spora povodom mobinga nije izričito naveden u tekstu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, ali jeste u Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova[3] u kojem je, kao jedan od mogućih osnova za pokretanje arbitražnog postupka pred Agencijom, predviđen i mobing.

Treća faza zaštite od zlostavljanja na radu obezbeđuje se sudskim putem.[4] Naime, ako posredovanje ne uspe, ili stranke ne predlože arbitražno rešavanje spora protiv lica koje se tereti za zlostavljanje postoji zakonska mogućnost podnošenja tužbe nadležnom sudu odnosno pokretanje postupaka zaštite radnika pred sudom.

Međutim, pošto se zahtev za pokretanje postupka zaštite od zlostavljanja unutar firme podnosi direktoru odnosno preduzetniku, a za zlostavljanje se tereti

[2] "Sprečavanje mobinga mora biti najpre rezultanta preventivne, a potom institucionalne politike, zatim adekvatne kaznene i, na posletku, efikasne procesne politike." S. Perić, *Pristojan rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2013, str. 174.

[3] "S*lužbeni glasnik RS*", br. 125/2004 i 104/2009.

[4] P. Jovanović, *Radno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, str. 277.

direktor ili preduzetnik, postoji mogućnost obraćanja sudu i bez prethodnog vođenja postupka posredovanja.[5] O ovom nivou zaštite u nastavku teksta.

Sudska zaštita od zlostavljanja na radu

Procesna legitimacija. – Procesnu legitimaciju za pokretanje postupka zaštite od zlostavljanja na radu ima zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu.[6] Pravo da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca u roku od 15 dana od dana dostavljanja obaveštenja, odnosno odluke čijim sadržajem nije zadovoljan. Kada se kao mober javlja poslodavac zaposleni može da podnesi tužbu nadležnom sudu bez prethodnog podnošenja zahteva posredovanja poslodavcu, i to do isteka roka zastarelosti za pokretanje postupka za zaštitu kod poslodavca.[7]

Pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja

Postupak se pokreće tužbom.[8] Spor, koji se vodi pred nadležnim sudom zbog zaštite od zlostavljanja na radu ima sva obeležja odnosno karakter radnog spora. Prema Zakonu o uređenju sudova,u prvom stepenu stvarno nadležan sud za ovu vrstu sporova jeste viši sud. Mesna nadležnost suda u ovim sporovima određuje se prema opštoj mesnoj nadležnosti tuženog. Međutim u ovim sporovima, pored suda koji je opšte nadležan za tuženog (prema mestu prebivališta tuženog), nadležan je i sud na čijem području rad obavlja.

---

[5] Baltezarović, V., *Organizaciona komunikacija i mobing*, Temida – časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu, No. 2, Vol. 12, Beograd, 2009, str. 15.

[6] U skladu sa čl. 29. st. 1. ZSZR.

[7] Ž. Kulić, S. Perić, *Radno pravo*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2016, str. 270.

[8] "Pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, kao i učešće u tom postupku, ne može da bude osnov za: stavljanje zaposlenog u nepovoljniji položaj u pogledu ostvarivanja prava i obaveza po osnovu rada, pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske, materijalne i druge odgovornosti, otkaz ugovora o radu, proglašavanje zaposlenog viškom zaposlenih. Ovu zaštitu ne uživa zaposleni koji je zloupotrebio pravo na zaštitu od zlostavljanja." P. Jovanović, nav. delo, str. 275.

U sporovima za ostvarivanje zaštite od zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom primenjuju se odredbe Zakona o parničnom postupku[9], ukoliko posebnim zakonom nije drugačije predviđeno. U postupku pred nadležnim sudom zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju može kumulativno da zahteva: 1) utvrđenje da je pretrpeo zlostavljanje; 2) zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabranu daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja; 3) izvršenje radnje radi uklanjanja posledica zlostavljanja; 4) naknadu materijalne i nematerijalne štete, u skladu sa zakonom; 5) objavljivanje presude donete povodom tužbe zaposlenog.[10]

Tužbeni zahtev koji se sastoji u zabrani vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabrani daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja se može podneti jedino ukoliko zaposleni i dalje radi kod poslodavca, u suprotnom, zaposlenom stoje na raspolaganju preostali tužbeni zahtevi. Tužbeni zahtev za utvrđenje da je zaposleni pretrpeo zlostavljanje, za razliku od ostalih tužbenih zahteva, deklarativnog karaktera i predstavlja pravni osnov i uslov za izvršenje drugih zahteva.

Tužbom se ne može pobijati zakonitost pojedinačnog akta kojim je rešavano o pravima zaposlenog iz radnog odnosa koji može da pokrene spor po drugim zakonskim ovlašćenjima (npr. Zakon o radu, Zakon o državnim službenicima i dr.), u zavisnosti od radnopravnog položaja zaposlenog. Protiv tog akta zaposleni ima pravo na sudsku zaštitu, u skladu sa posebnim zakonom kojim je propisana sudska zaštita. Pojedinačni akt poslodavca ne može biti predmet tužbe, ali se može koristiti kao dokaz. U tom smislu bi bilo neosnovano taj dokaz odbiti, jer po njemu nije podneta tužba, što se dešava u praksi, uz obrazloženje da bi se preko tužbe za zlostavljanje produžio rok za tužbu po aneksu (sa 60 dana na 6 meseci). Radnje uklanjanja posledica mobinga po tužbenom zahtevu mnogo su šire nego zahtev iz tužbe za poništaj aneksa, pa bi odbacivanje aneksa kao dokaza mobinga bilo neosnovano.

Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu određeno je da u roku od šest meseci od dana kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje zaposleni može pokrenuti sudski spor. Za vreme trajanja ovog postupka kao i za vreme vođenja postupka posredovanja ne teku rokovi zastarelosti propisani zakonom za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipli-

[9] "Službeni *glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.*

[10] Shodno odredbama ZSZR, čl. 30.

ne, odnosno povredu radne dužnosti.[11] Ovaj rok predstavlja i vreme kad ne teče zastarelost za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za povredu radnih obaveza u vezi sa ovim. Zaposleni ima pravo na tužbu bez obzira da li je prethodno vođen postupak posredovanja kod poslodavca ili nije.[12] Ukoliko nije došlo do postupka posredovanja kod poslodavca iz razloga što se za zlostavljanje tereti poslodavac sa svojstvom fizičkog lici ili odgovornog lica u pravnom licu rok za podnošenje tužbe je šest meseci od dana kada je učinjena poslednja radnja koja se smatra zlostavljanjem. U slučajevima kada je vođen postupak posredovanja, tužba mora da se podnese u roku od 15 dana od kada je primljeno obaveštenje da je posredovanje nije uspelo, odnosno odluke o utvrđivanju odgovornosti zaposlenog kojom žrtva nije zadovoljna.[13]

Tok postupka

Postupak počinje da teče dostavljanjem tužbe tuženom na odgovor. Sud će tužbu dostaviti tuženom na odgovor u roku do 15 dana od dana njenog prijema.[14] Tokom postupka sud utvrđuje da li je učinjeno zlostavljanje na radu i u vezi sa radom. Da bi jedno ponašanje bilo prepoznato i sankcionisano kao mobing potrebno je da ima kontinuitet svog trajanja, da je protivpravno, da se manifestuje kao umišljajno delovanje mobera i da je usmereno na narušavanje mentalnog zdravlja, povredi dostojanstva i profesionalne degradacije, stvaranju osećaja bespomoćnosti i nezaštićenosti.

Jedan od izrazitih problema u postupku dokazivanja postojanja mobinga ogleda se u činjnici da se zlostavljanje po pravilu odigrava "u četiri oka," što znači da se pretnje, prinuda i slično ne mogu dokazivati putem svedoka, još manje putem pisanih dokaza. Ovde bismo mogli da kao izuzetak navedemo slučaj kad se

[11] ZSZR, čl. 22.

[12] R. Brković, B. Urdarević, A. Antić, *Praktikum za radno i socijalno pravo*, Službeni Glasnik, 2016, str. 77.

[13] Sa razlogom se postavlja pitanje da li je rok od 15 dana adekvatan. Naime, problem trajanja roka za podnošenje tužbe ogleda se u tome da odluka od strane poslodavca ne sadrži pouku o pravnom leku, čime se žrtva zlostavljanja nalazi u neznanju da li uopše postoji pravni put za ostvarivanje svojih prava. Ujedno, još jedan razlog za produženje ovog roka na trideset dana otelotvoruje se u činjenici da je mali broj advokata stručan za postupanje u slučajevima mobinga, te to zahteva dodatno vreme za pisanje tužbe. Više o tome: O. Kićanović, *Komentar zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu*, Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova, Beograd, 2015.

[14] ZSZR, čl. 32. st. 2.

zbog želje mobera da obezbedi "pravnost" svojih namera (npr. da se zbog neizvršavanja radnih naloga da otkaz) izdaju radni nalozi preko interneta.[15] Pored navedenih organizacionih ili subjektivnih obeležja, lice koje vodi postupak, u cilju utvrđivanja dokaza, mora obratiti pažnju na konkretne radnje potencijalnog mobera koje ujedno imaju i karakter rukovodnih aktivnosti. Tu bismo svrstali situacije kad postoji nepotrebno visok stepen korišćenja sredstava za nadzor, posebno kad delatnost organizacije nije takva da je korišćenje takve opreme svrsihodno, zatim situacije kad mober ne spori da je više puta vodio redovne ili duge razgovore sa zlostavljanim, ili postoje dokazi da je ranije zlostavljani ispitivan zbog navodnog neizvršavanja radnih obaveza a nije pokretan disciplinski postupak, kada postoji učestalost davanja radnih naloga kojom se dovodi u pitanje mogućnost izvršavanja istih, što dovodi zaposlenog u stanje stalne napetosti i neopravdane kritike od strane mobera i dr.

U slučaju istinskog zlostavljanja na radu poseban problem ovde predstavlja to što tužilac u slučaju nepažljivog vođenja postupka prolazi kroz sekundarnu viktimizaciju.[16]

Praksa pokazuje da je za praćenje i procesuiranje mobinga dobro voditi dnevnik, uz sve okolnosti koje mogu ukazati na postojanje mobinga, precizno opisane, uz opis subjektivnog osećanja koje je tužilac doživeo i reakcije mobera i okoline na sve to. Treba navesti sva ponašanja koja se mogu smatrati zlostavljanjem, i ako su se desila pred svedocima, predložiti saslušanje navedenih lica na te okolnosti. Dalje treba predočiti eventualne primedbe poslodavcu i moberu povodom određenih ponašanja i ukazati da ih tužilac doživljava kao zlostavljanje na radu, kao i njihove odgovore.[17]

Privremene mere

U toku postupka sud može, po predlogu stranke ili po službenoj dužnosti, odrediti privremene mere radi sprečavanja nasilnog postupanja ili radi otklanja-

[15] Tako je u predmetu br. 116-02-24-3/2011, koji je vođen pred arbitrom Agencije za mirno rešavanje radnih sporova, zaposlena dokumentovala putem prilaganja štampanih naloga direktora datih putem interneta da je dobijala veliki broj radnih naloga koje nije mogla da ispuni.

[16] Perić, S., *Pristojan rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, Beograd, 2013, str. 171.

[17] Nedostatak odgovora može biti dokaz mobinga, jer je shodno odredbama Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, ignorisanje vid zlostavljanja

nja nenaknadive štete (ZSZR, čl. 33. st. 1). U privremene mere, shodno odredbi čl. 33. st. 2. ZSZR, spadaju zabrana približavanja, kao i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju. Sud će odluku o određivanju privremene mere po predlogu stranke doneti u roku do osam dana od dana predaje predloga. Protiv rešenja o privremenim merama nije dozvoljena žalba.[18] Lice koje smatra da je zlostavljano na radu ne mora da čeka da se okonča postupak koji je pokrenut radi zaštite od zlostavanja da bi od poslodavca ili suda dobilo zaštitu od zlostavljanja.[19] Pre završetka postupka poslodavac može da udalji s posla lice koje se tereti za zlostavljanje, uz naknadu zarade ili da ga prebaci na drugo radno mesto. Ukoliko to ne učini, zaposleni, kome prema mišljenju službe medicine rada preti neposredna opasnost po zdravlje ili život, ima pravo, shodno odredbama člana 26. ZSZR, da odbije da radi dok se problem ne reši. U ovom slučaju zaposleni je dužan da, bez odlaganja, obavesti poslodavca i inspekciju rada o odbijanju rada. Za vreme odbijanja rada zaposleni ima pravo na naknadu zarade u visini prosečne zarade koju je ostvario u prethodna tri meseca. Zaposleni koji je odbio da radi dužan je da se vrati na rad po preduzimanju mera zaštite od strane poslodavca. Zaposlenom koji je odbio da radi ne može da se otkaže ugovor o radu, odnosno izrekne mera prestanka radnog odnosa.[20]

Teret dokazivanja

Uvažavajući specifičan položaj žrtve mobinga, koja retko na raspolaganju ima dokazna sredstva kojima bi dokazala svoje tvrdnje, zakonodavac je propisao pravila o preraspodeli tereta dokazivanja. Shodno odredbi člana 31. ZSZR, lice koje smatra da je pretrpelo zlostavljanje na radu treba pred sudom samo da učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu.[21] Dakle, teret dokazivanja nije na

[18] ZSZR, čl. 33. st. 4.

[19] R. Brković, B. Urdarević, A. Antić, *nav. delo*, str. 79.

[20] ZSZR, čl. 26. st. 5.

[21] Iako osoba koja se tereti za zlostavljanje može biti bilo ko od kolega, krajnje odgovornim uvek se smatra poslodavac, to jest preduzetnik, ili preduzeće, državni organ ili organizacija u kojoj radi lice koje smatra da je zlostavljano. Stoga je potrebno tužiti poslodavca, a lice koje se tereti za zlostavljanje pomenuti u tužbi, u opisu samog zlostavljanja.

tužiocu već na tuženom koji dokazuje da zlostavljanja nije bilo, što je inače praksa kod antidiskriminacionih zakona.[22]

Dokazuje se, dakle, negativna činjenica. Fundamentalno različiti dokazni postupak od klasičnog pravila o teretu dokazivanja po principu actori incubit probatio i odstupanje od presumpcije nevinosti, uvedeni su u skladu sa Direktivom Evropskog parlamenta 2002-73-EC, sa ciljem uspostavljanja procesne ravnoteže u sporovima nejednakih mogućnosti.[23] Preraspodela tereta dokazivanja je, dakle, u prvom redu u funkciji zaštite slabije strane pravnog odnosa. Takođe, politika jednakog postupanja jeste jedan od važnijih ciljeva Evropske unije.

Teret dokazivanja podrazumeva dve obaveze: *onus proferendi* i *onus probandi*. *Onus proferendi* – iznošenje činjenica koje postojanje zlostavljanja čine verovatnim je obaveza tužioca. Činjenice moraju biti potkrepljene dokazima - svedočenje, poruke, mejl, dozvoljeni audio i video dokazi i indicije koje postojanje zlostavljanja čine verovatnim. Treba navesti sva ponašanja koja se mogu smatrati zlostavljanjem, i ako su se desila pred svedocima, predložiti saslušanje navedenih lica na te okolnosti. Dalje, treba predočiti eventualne primedbe poslodavcu i moberu povodom određenih ponašanja i ukazati da ih tužilac doživljava kao zlostavljanje na radu, kao i njihove odgovore. I nedostatak odgovora može biti dokaz mobinga, jer je po ZSZR, ignorisanje vid zlostavljanja. *Onus probandi* odnosno obaveza dokazivanja nepostojanja relevantnih činjenica da zlostavljanja nije bilo je na tuženom tj. poslodavcu.

Dakle, u parnici za zaštitu od zlostavljanja na radu tužilac treba da učini verovatnim da je do zlostavljanja došlo. Da bi taj stapen izvesnosti bio dostignut, smatra se da je potrebno da ima više razloga da se veruje da mobing postoji nego da ne postoji. Stepen izvesnosti mora biti takav da se postojanje mobinga čini verovatnijim nego da mobinga nije bilo, a ti izgledi se zasnivaju na dokazima na kojima se temelji postojanje verovatnoće da je došlo do zlostavljanja.

Pojam "učiniti verovatnim" treba tumačiti u smislu *prima facie* dokaza, koji se odnosi na formiranje suda o postojanju zlostavljanja na osnovu postojanja nekog tipičnog razvoja događaja koji, prema pravilima iskustva, upućuje na kau-

[22] N. Tanjević, *Krivičnopravni pristup problemu mobinga*, Pregledni naučni rad, Bezbednost 2/2017.

[23] *"Mobing je izraz socijalnih konflikata između dva sveta različite moći – sveta rada i sveta kapital."* P. Jovanović, *Normativni okviri mobinga*, Radno i socijalno pravo, Intermeks, Beograd, br. 1/2008, str. 42.

zalnu vezu s diskriminacijskim postupanjem ili na odgovornost za takvo ponašanje.[24] Ova vrsta dokaza se od indicija razlikuje po tome što kod indicija sudija primarno primenjuje svoje životno iskustvo, a kod utvrđivanja činjenica *prima facie* primenjuje i pravila iskustva pravne zajednice".[25] Iako nov u domaćoj literaturi termin *prima facie* je, zajedno sa terminom "slučajevi *prima facie*" u širokoj upotrebi kada su u pitanju antidiskriminacione parnice.

Međutim, imajući u vidu definicije pojma "dokaz *prima facie*", koji se u domaćoj literaturi koristi u značenju "dokaz pomoću koga se do saznanja pravno relevantne činjenice dolazi posrednim putem, logički zaključivanjem o uzročno-posledičnoj vezi na osnovu pravila životnog iskustva"[26] ili "saznavanje činjenica u pitanju putem zaključivanja od uzroka na posledicu ili od posledice na uzrok, ili o uzročnoj vezi između dva događanja, i to tako što do zaključka dolazimo već na prvi pogled, pošto stvar sama sobom ili sama o sebi svedoči"[27] stiče se utisak da će "slučaj prima facie" bolje objasniti suštinu ovog instituta. Ona leži u tome da se sudiji na "prvi pogled", na osnovu jednog ili više dokaza i osnovu niza uzročno-posledičnih događaja, čini verovatnijim da je do mobinga došlo nego da nije. Verovatnost, kao stepen uverenja, ne odnosi se na utvrđivanje same radnje koja predstavlja mobing – na primer, zaposleni radnik mora dokazati da on i njegov kolega imaju iste kvalifikacije, rade isti posao i ona ima manju zaradu. Dokazujući nejednakost u zaradi, tužilac zapravo čini verovatnim da postoji mobing, a tuženi onda treba da dokaže da je prouzrokovano nekim drugim faktorom.

Pitanje je, dalje, na koji način tuženi treba da ospori navode tužioca, i to kako u pogledu primenjivosti odredaba o preraspodeli tereta dokazivanja tako i u pogledu osnovanosti njegovog tvrđenja o učinjenom zlostavljanju. Smatramo da bi, u pogledu same preraspodele tereta dokazivanja, jednak standard trebalo da važi kako za tužioca tako i za tuženog.

Dakle, ako je dovoljno da tužilac učini verovatnim da je tuženi izvršio zlostavljanje na radu, čini se da bi i za tuženog trebalo da bude dovoljan isti stepen

[24] Više o tome: Jašarević, S., *Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 42, br. 1-2, 2008, str. 543 - 548.

[25] Dika M, *Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima*, u: Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Zagreb, 2011, str. 86.

[26] G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska – parnično procesno pravo, Niš, 2007, str. 413.

[27] M. Marković, *Građansko procesno pravo* (knjiga prva) - *parnični postupak* (sveska druga - parnične radnje), Niš, 1973, str. 221.

izvesnosti da bi se oslobodio obaveze koja iz preraspodele tereta dokazivanja proističe. U tu svrhu, on može koristiti protivdokaz, kojim će naknadno dovesti u pitanje verovatnost onoga što je tužilac trebalo da dokaže ili dokaz o protivnom kojim će dokazati da je verovatnije da mobing ne postoji dokazavši da je verovatnije suprotno.

Na osnovu sprovedenog istraživanja može se izvesti zaključak da pravila o teretu dokazivanja nisu zaživela u praksi. Sudije se izuzetno retko pozivaju na njih, a kada to čine samo navode član zakona koji uređuje ovo pitanje, bez da daju obrazloženje na koji način tužilac jeste ili nije učinio verovatnim postojanje mobinga. Neophodno je da sudije budu dobri poznavaoci na osnovu višegodišnjeg iskustva koji su to pojavni oblici povrede prava koji se sadržajno mogu približiti radnjama mobinga kako bi na osnovu te i takve izgrađenosti pri prvom susretu sa aktivnostima tužioca mogli da zaključe da se dešavaju radnje mobinga.

Kad je tuženi u pitanju, isto tako iskustveno poznavanje praktičnih problema koji se sadržajno mogu poistovetiti sa naporima tužioca mogu biti pozicija za brzu i efikasnu ocenu i procenu koliko je tuženi objektivan u negaciji navoda tužioca da stoje radnje mobinga. Ova svojstva sudije kao profesionalca iza kojeg se očekuje da stoji višegodišnja profesionalna praksa koja tangira sve ono što ima osobenosti mobinga treba da se nadomesti i naporima usmerenim ka izučavanju iskustvenih znanja proisteklih iz praktičnog života drugih država i naroda koji su u svoje pravne sisteme mnogo ranije postavile koncept mobinga i ukupnost realnosti koja to prati. Početnik u poslovima sudije ne može bez praktičnog iskustva da dosegne domet većeg broja pojavnih oblika dešavanja koja moderna prava pravno definišu kao radnje mobinga. U toj individualnoj izgradnji sudije kao pojedinca treba ići u dva pravca, ka onome što čini verovatnim da postoje radnje mobinga i onome što je oponenta toj realnosti.

PROBLEMI U OTKRIVANJU I DOKAZIVANJU MOBINGA

Uprkos zakonskoj uređenosti zlostavljanja na radu primećuje se da je sudska praksa u našoj zemlji retka i prilično neujednačena. Jedan od razloga za mali broj podnetih tužbi, trebalo bi tražiti u činjenici da se zaposleni retko odlučuju na traženje zaštite od mobinga, iz straha od pogoršanja situacije na radnom mestu ili gubitka posla, zatim nepoverenja u institucije, zbog teškoće dokazivanja mobinga, dužine trajanja sporova pred sudom, materijalnih troškova koje sudski postu-

pak iziskuje, itd. Širenju mobinga doprinosi i to da se ponašanja koje predstavljaju mobing najčešće odvijaju između mobera i mobingovanog, odnosno "u četiri oka", što takođe otežava dokazivanje ove pojave.[28] Ujedno, teško je očekivati i da bi drugi zaposleni svedočili u korist žrtve, s obzirom na to da su zaposleni kod poslodavca koji se tereti za zlostavljanje.

Takođe, ne postoji ni teorijsko-semantičko razgraničenje mobinga u odnosu na druge pojmove sa širim i sadržinski drugačijim značenjem[29], kao što su diskriminacija na radu, dostojanstvo na radu i drugi pojmovi koji su po svojoj prirodi delimično povezani sa zlostavljanjem na radu, zbog čega dolazi do njihove pogrešne percepcije i poistovećivanja, što takođe otežava sprovođenje adekvatnih mehanizama zaštite. Navedenom doprinosi i činjenica da u našoj zemlji postoji neznatan broj pravnosnažnih presuda za mobing, te se stiče utisak da poslodavci lako izbegavaju odgovornost, odnosno da sistem zaštite nije efikasan.

Naime, u prve dve godine primene Zakona nije doneta nijedna pravnosnažna presuda u oblasti zlostavljanja na radu. Statistički podaci o ukupnom broju sudskih postupaka i načinima njihovog okončavanja na području nadležnosti Apelacionog suda u Nišu takođe ne daju pozitivnu sliku u pogledu pravnog sankcionisanja zlostavljanja na radu od strane sudova.

Statistički podaci govore da je broj postupaka koji se pokreće pred sudom mali, prevashodno iz razloga postojanja straha zaposlenih od otkaza u slučaju podnošenja tužbe sudu i njihove nedovoljne informisanosti o pravnim mehanizmima koji im stoje na raspolaganju radi zaštite svojih prava.

Od ukupnog broja pokrenutih postupaka, broj pravnosnažno okončanih postupaka nije na zadovoljavajućem nivou. Jedno od mogućih rešenja kojim bi se uticalo na efikasniji rad sudova predstavlja uvođenje obaveze obaveštavanja resornog Ministarstva (rada i socijalne politike) o samom toku postupaka povodom zlostavljanja na radu i načinu njihovog okončanja. Na ovaj način se ne dira u samostalnost sudova, već u efikasnost njihovog rada.[30] Na drugoj strani, zapaža se tendencija rešavanja sporova u korist poslodavaca, što nam takođe govo-

[28] O tome više: S. Jašarević, *nav. delo,* str. 543 - 548.

[29] Koji se nalaze ili u direktnoj ili *in tergo* poziciji u odnosu na mobing. To znači, na primer, da diskriminacija na radu predstavlja pretpostavku, okvir za vršenje zlostavljanja na radu jer nema mobinga bez diskriminacije, tj. različitog ponašanja prema mobingovanom u odnosu na druge zaposlene. S druge strane, dostojanstvo na radu isključuje postojanje mobinga jer isti podrazumeva, u svakom slučaju, i odsustvo, ugrožavanje prava na dostojanstvo zlostavljanog zaposlenog.

[30] O. Kićanović, *nav. delo*, str. 213.

ri o nedovoljnoj informisanosti zaposlenih u pogledu načina zaštite svojih prava i, prevashodno načina obezbeđenja dokaza, kako bi radni spor uspešno okončali. Dobijeni statistički podaci ukazuju i na neophodnost uključivanja institucija neformalnog karaktera sa ciljem pružanja pomoći zaposlenima u zaštiti i pravnom sankcionisanju ponašanja koja sadrže obeležja zlostavljanja na radu.

ZAKLJUČAK

Mobing kao specifični oblik ponašanja na radnom mestu predstavlja široko rasprostranjenu pojavu čije se posledice odražavaju na socijalno okruženje, radnu sredinu i na pojedinca koji je žrtva agresije. Mobing se javlja kao posledica nedostatka komunikacijskih veština menadžmenta i nepodobnosti da se kvalitetno odgovori zahtevima dobrog rukovođenja. Isto tako, mobing predstavlja ugrožavanje unutrašnjeg sistema vrednosti pojedinca, odnosno vrstu emocionalnog ugrožavanja koje započinje tako što pojedinac postaje subjekat nepoštovanja i uvredljivog ponašanja. Nagoveštaji, glasine i javno diskriminisanje stvaraju neprijateljsko okruženje u kojem pojedinac organizuje ostale da svojevoljno ili nesvesno učestvuju u kontinuiranim, neprimernim radnjama sa ciljem da se žrtva navede da napusti radno mesto.

Mobing se negativno odražava i na ukupno stanje u društvu. Ovo iz razloga što dovodi do poremećaja sistema vrednosti, koji uslovljava nesigurnost kako zaposlenih, tako i onih koji traže zaposlenje. Osim toga, mobing ima posledice i po nacionalnu ekonomiju jedne države. Ovo zato što zbog zdravstvenih problema koje zaposleni kao žrtve mobinga imaju, što dovodi do dodatnih izdvajanja iz fondova zdravstva, usled lečenja i medicinske rehabilitacije, kao i naknada za bolovanje. Mobing ima za posledicu i povećanje stope nezaposlenosti, pa samim tim i dodatna izdvajanja iz budžeta za ostvarivanje prava po osnovu nezaposlenosti.

U državama koje su dugo godina suočene sa ekonomskom krizom, kao što je Republika Srbija, broj radnih mesta je znatno manji u odnosu na broj potencijalnih radnika. Stoga, radna sredina umesto da bude okruženje kreirano radi postizanja optimalnih rezultata na poslu, pretvara se u okruženje u kome se ne biraju sredstva za napredovanje na hijerarhijskoj lestvici. Polazeći od ove činjenice neophodno je da se obezbede takvi uslovi za rad u kojima nijedan zaposleni neće biti suočen sa mobingom. Uspostavljanje efikasnog sistema prevencije i zaštite od

svih oblika nasilja, odnosno zlostavljanja na radnom mestu, trebalo bi da bude jedan od primarnih zadataka svake moderne države.

Shodno tome, Republika Srbija je stvorila zakonski okvir kao osnovu za reakciju na pojavu ovog oblika kriminaliteta nasilja. Međutim život jednog zakona ne zavisi samo od toga šta je napisano, već i od toga kako i koliko se to što je napisano, poštuje, odnosno primenjuje u praksi. U vezi sa tim, treba imati u vidu da je osnovni preduslov za ostvarivanje ljudskih prava stvaranje neophodnih uslova u državi koji bi doveli do realizacije tih prava u praksi. To zahteva preduzimanje brojnih aktivnosti kako bi se obezbedila zdrava i sigurna radna sredina, zaštita dostojanstva, ostvarivanje jednakog tretmana za sve građane i podigla svest o sistemskoj štetnosti mobinga i kažnjivosti.

Takođe, neophodno je da se uoče svi problemi u primeni zakonskih rešenja i reaguje eventualnim izmenama i dopunama zakona koje će otkloniti prepreke i nedostatke u dosadašnjem postupku zaštite od mobinga i omogućiti njegovu doslednu i efikasnu primenu u praksi. Naime, uprkos tome što se ne može osporiti činjenica da je na zakonodavnom planu u našoj zemlji učinjen veliki pomak, naročito poslednjih godina kada je donet veći broj propisa kojima se uređuje i reguliše sfera dostojanstva rada, ono što se može primetiti je da je stepen ostvarivanja tih prava u praksi na nezadovoljavajućem nivou. Izostanak sudske prakse kao i brojne teškoće i nedostaci u otkrivanju i dokazivanju mobinga pred zakonodavca i struku postavljaju pitanje u kom smeru treba graditi prevenciju od zlostavljanja na radu? Uporedni pregled pokazao je da su retka zakonodavstva koja mobing svrstavaju u krivična dela. Kaznenopravne odredbe svakako pružaju mogućnost kaznenog sankcionisanja nekih od indikatora mobinga. U skladu sa navedenim, žrtva mobinga može, ukoliko oceni da postoje obeležja krivičnih dela podneti krivičnu prijavu protiv zlostavljača.

Na stvaranju i održavanju ovog sistema morali bi pored državnih organa da budu uključeni i svi relevantni socijalni partneri, kao što su profesionalna udruženja zaposlenih i poslodavaca. Posebno je važna edukacija poslodavaca, vlasnika i direktora preduzeća, jer dobro upravljanje može da bude preventiva mobinga. Stalna stresna situacija kojoj su zaposleni izloženi u slučaju neodgovarajućeg odnosa sa poslodavcem, dovodi do gubitka volje i energije, kao i smanjenju zainteresovanosti za postizanje rezultata, što nikako ne ide u prilog samom poslodavcu.

Naime, posledice do kojih dovodi mobing imaju uticaj i na poslovanje, obzirom da poremećaj međuljudskih odnosa, kao jedno od njegovih obeležija, značajno doprinosi i smanjenju produktivnosti na radu. Jedna od posledica mobinga

je i burn-out sindrom, jer dovodi do smanjenja koncentracije, zamora i smanjenje motivacije za rad, što svakako ima uticaj i na produktivnost rada. Osim toga, usled odsustvovanja sa rada zbog zdravstvenih problema do kojih dovodi mobing, poslodavac ima i troškove koji se tiču isplate naknade za vreme odsustva sa rada zbog bolesti. Tako, prema nekim podacima, žrtva mobinga košta svog poslodavca od 17.500 do 50.000 eura godišnje.[31]

S druge strane, veoma je značajno da se vrši i stalna edukacija radnika o njihovim pravima i načinima zaštite tih prava, kao i preduzimanje preventivnih aktivnosti sa ciljem podizanja svesti građana o tome kako da prepoznaju mobing i koji su mehanizmi zaštite. Ujedno, nesumnjivo postoji potreba za negovanjem kuluture tolerancije, profesionalne komunikacije i poštovanja ljudskog dostojanstva u radnoj sredini. Neophodno je i jačanje međusobne saradnje između državnih institucija, sindikata, nevladinih organizacija koje se bave pitanjima rada, socijalnim pitanjima i zaštitom ljudskih prava i podizanje svesti o tome da je rad proces koji se mora odvijati uz uvažavanje ličnosti radnika. Sve pomenuto je od posebnog značaja, ako se ima u vidu da Ustav Republike Srbije propisuje da je ljudsko dostojanstvo neprikosnoveno i da su svi dužni da ga poštuju i štite.

JOVANA PETROVIĆ, Ph.D., candidate,
Faculty of Law, University of Kragujevac

COURT PROTECTION FROM ABUSE AT WORK

Summary

Work abuse represents the most complex institute of a legal working character which appears in all aspects of abused victims' public and private lives. Work abuse leaves consequences not only on a victim's life but also on working organizations where abuse appears and on society in general. The empirical research in this field shows that almost all employees are exposed to confl icts during their employment, which, under certain conditions, may grow into certain forms of harassment at the workplace. Attention in this paper is paid to protection from abuse at work, bearing in mind that it is a socially negative phenomenon with manifold significant social, economic, psycho-

[31] O tome više videti: *Mobing i kako ga sprečiti* - priručnik za regionalne poverenike Ujedinjenih granskih sindikata ''Nezavisnost''.

logical and legal implications, and that, on the other hand, we can observe a degree of social and personal tolerance to this phenomenon, especially in countries in the process of transition, characterized by high unemployment and a lack of or insufficient implementation of legal mechanisms to protect the rights of employees. In this respect, reference is made to domestic legislation in this area, with the conclusion that only a few initial steps were made in creating a healthy and safe working environment which would ensure respect for human dignity and personal integrity of employees. Within the several years of applying the Law on the Prevention of Harassment at the Workplace in the Republic of Serbia, many questions appeared in front of courts and some of the most signifi cant ones were treated in this paper.

The author analyze court protection from harassment at the workplace in the Republic of Serbia and point towards certain procedural law problems which occur. The author conclude that the legal regulation on harassment at the workplace is an example of good practice in domestic law which should be developed further, and they suggest appropriate solutions to make the processes of harassment at the workplace trials more effi cient and more eff ective. Finaly, in the paper points to the difficulties in detecting and proving of this phenomenon, as well as shortcomings in the current procedure of protection.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

O NUŽNOSTI ZAKONSKOG UREĐENJA KREDITNOG IZVEŠTAVANJA

UVOD

Postupak zaključenja ugovora o kreditu i drugih pravnih poslova koji imaju elemente kredita redovno obuhvata ispitivanje kreditne sposobnosti potencijalnog korisnika kredita. Banka ili drugi davalac kredita se tim putem štiti od rizika da odobri kredit korisniku koji nije platežno sposoban ili je neuredan u ispunjenju svojih novčanih obaveza. Pored podataka i dokaza koje podnosilac zahteva za kredit lično podnosi kreditoru na uvid, u domaćoj i stranoj poslovnoj praksi ustalio se običaj da kreditori pribavljaju kreditni izveštaj o klijentu, koji izdaju specijalizovane organizacije kao što se kreditni biroi, agencije za kreditno izveštavanje i sl. U pravu Srbije, obaveza pribavljanja izveštaja o kreditnoj sposobnosti fizičkih lica je propisana Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga.[1] Delatnost kreditnog izveštavanja, međutim, nije zakonom posebno regulisana, uprkos tome

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

[1] Član 18 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, „Sl. glasnik RS", br. 36/2011 i 139/2014, dalje: ZZKFU. Korisnik, u smislu čl. 2 tač. 9 ZZKFU, jeste fizičko lice koje finansijske usluge koristi, koristio je ili namerava da koristi u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili komercijalnoj delatnosti; preduzetnik, u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva; poljoprivrednik, kao nosilac ili član poljoprivrednog gazdinstva u smislu zakona kojim se uređuju poljoprivreda i ruralni razvoj.

što aktivnost organizacija koje se bave kreditnim izveštavanjem kod nas i u svetu izaziva brojne kontroverze sa aspekta fer odnosa prema korisnicima finansijskih usluga, zaštite ličnih podataka i pravila konkurencije.

Cilj ovog rada je da osvetli položaj i rad organizacija za kreditno izveštavanje u razvijenim zemljama, kao i pravne probleme koji se javljaju u obavljanju njihove delatnosti kako bi se našem zakonodavcu dale preporuke za njihovo pravno uređenje.

Nastanak i razvoj kreditnog izveštavanja

Praksa trgovaca da razmenjuju negativna iskustava sa kupcima nastala je u Velikoj Britaniji na početku 19. veka,[2] dok su se prve organizacije za kreditno izveštavanje u Evropi pojavile nakon Prvog svetskog rata. Najveća nemačka kompanija koja se bavi procenom kreditne sposobnosti, SCHUFA[3] osnovana je 1927,[4] a u Kraljevini Jugoslaviji slična aktivnost javlja se na prelazu iz 20-tih u 30-te godine prošlog veka.[5]

Prve organizacije za kreditno izveštavanje u SAD nastaju kao ustanove privatnog prava, najčešće u formi udruženja članova izloženih zajedničkom riziku, koji su uspostavljali praksu razmene podataka o svojim klijentima u svrhu bolje procene kreditnog rizika. Njihova aktivnost je bila ograničena na uže geografske oblasti, a razmenjivali su informacije o klijentima koje su članovi udruženja sami posedovali ili koji su prikupljani iz javno dostupnih izvora podataka. Specijalizovane agencije za kreditno izveštavanje nastaju 50-tih i 60-tih godina 20. veka. [6] SAD je prva u svetu, 1970. godine, pravno uredila kreditno izveštavanje posebnim zakonom – *Fair Credit Reporting Act*-om (dalje: FCRA).[7] Zakon je usvojen, uprkos lobiranju protiv njega agencija za kreditno izveštavanje, nakon što je ame-

[2] N. Jentzsch, *Financial Privacy, An International Comparison of Credit Reporting Systems*, Springer 2007, s. 2.

[3] *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung* (Zaštitna zajednica za osiguranje kredita).

[4] Podatak sa sajta organizacije: https://www.schufa.de/de/ueber-uns/unternehmen/schufa/

[5] Lj. Đurović, *Kreditno informativni biro – trgovčko obaveštajni inkaso zavod Beograd (1932-1941)*, Peščanik, br. 6/2008, str. 146-148

[6] M. Furletti, *An Overview and History of Credit Reporting*, Discussion Paper, Payment Cards Center, Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2002, s. 3-4.

[7] 15 US Code § 1681.

rički Kongres čuo brojna svedočenja ljudi koji nisu mogli da dobiju zaposlenje ili je njihov zahtev za kredit odbijen zbog netačnih i štetnih izveštaja agencija.[8]

Privatne organizacije za kreditno izveštavanje postoje danas u čitavom svetu. Pored njih, u jednom broju zemalja postoje i ustanove javnog prava koje se bave prikupljanjem i obradom podataka o kreditnoj zaduženosti fizičkih i pravnih lica. Te ustanove se obično osnivaju pri centralnim bankama ili organima zaduženim za nadzor finansijskog sektora.[9] Prvenstvena svrha prikupljanja podataka o zaduženosti od strane ovih ustanova je analiza tih podataka sa aspekta monetarne stabilnosti finansijskog sistema određene države, iako one paralelno mogu imati funkciju izdavanja izveštaja o zaduženosti korisnika kredita u postupku odobrenja kredita.[10]

Ekonomske funkcije kreditnog izveštavanja

Praksa kreditnog izveštavanja se u ekonomskoj literaturi mahom pozitivno ocenjuje. Razmena informacija o korisnicima kredita među kreditorima povećava stepen zaštite od rizika docnje u otplati kredita o dospelosti ili bankrotstva dužnika. Organizacije za kreditno izveštavanje prikupljaju istorijske podatke o ponašanju korisnika kredita u izmirivanju svojih novčanih obaveza. Zavisno od metodologije koja se koristi, prikupljaju se samo negativni podaci – podaci o neurednom izmirivanju dospelih obaveza, ili i pozitivni podaci – o imovini i obavezama, datim jemstvima i garancijama, dospeću duga, plaćanjima, zaposlenju, porodičnoj istoriji, itd.[11] Na osnovu tih podataka procenjuje se buduće ponašanje korisnika, što omogućava kreditoru da odbije zaključenje ugovora ili ponudi kredit pod znatno nepovoljnijim uslovima korisniku čiji su kreditni rizik ili sposobnost nepovoljno ocenjeni.[12]

---

[8] S. Feldman, *The Fair Credit Reporting Act – From the Regulators Vanatage Point*, Santa Clara Law Review, br. 3/1974, s. 459-490, 459.

[9] M. Rothemund, M. Gerhardt, *The European Credit Information Landscape*, *An analysis of a srurvey of credit information bureaus in Europe,* European Credit Research Institute, januar 2011.

[10] F. Feretti, *The Legal Framework of Consumer Credit Bureaus and Credit Scoring in the European Union: Pitfalls and Challenges – Overindebtedness, Responsible Lending, Market Integration, and Fundamental Rights*, Suffolk University Law Review, 2013, s. 791-828, 798-799.

[11] T. Japelli, M. Pagano, *Role and Effects of Credit Information Sharing*, Centre for Studies in Economics and Finance, Working Paper No. 136, april 2005, s. 7.

[12] Pojam kreditni rizik se odnosi na procenu verovatnoće da korisnik kredita neće uredno otplaćivati kredit, dok pojam kreditna sposobnost označava sposobnost korisnika da odgovori oba-

Praksa kreditnog izveštavanja disciplinuje korisnike kredita, jer oni urednije izmiruju svoje obaveze kada znaju da se ti podaci prikupljaju i analiziraju. U ekonomskoj literaturi se konstatuje da taj efekat postoji samo ako kreditori dele među sobom negativne informacije (o docnji s plaćanjem ili neplaćanju obaveze). Uočeno je da efekat disciplinovanja korisnika kredita izostaje ukoliko kreditori između sebe dele i pozitivne informacije o korisnicima, jer na osnovu tih informacija drugi kreditori mogu realnije da sagledaju mogućnost korisnika da isplati kredit i odobre mu kredit čak i ako u prošlosti nije bio uredan u izmirenju svojih novčanih obaveza.[13]

Kreditno izveštavanje neutrališe asimetričnost informacija koja postoji u odnosu kreditor – korisnik kredita i između kreditora. Pojedini kreditori više nemaju monopol na informacije o svojim korisnicima, već dele te informacije sa drugim kreditorima.[14] Eliminišući rizik davanja kredita korisniku koji ne izmiruje svoje obaveze, kreditori mogu korisnicima sa boljim kreditnim skorom da ponude kredite pod povoljnijim uslovima.[15] To, u krajnjem ishodu, donosi koristi potrošačima.

Pribavljanje podataka o korisnicima kredita od specijalizovanih organizacija za kreditno izveštavanje omogućava kreditorima da smanje transakcione troškove i da ubrzaju proces odobravanja kredita, što takođe vodi povoljnijim kreditnim uslovima. Empirijski podaci pokazuju da se obim kreditiranja povećava u zemljama u kojima je kreditno izveštavanje razvijeno.[16]

Delatnost kreditnog izveštavanja omogućuje i zadovoljavanje javnih interesa. Praćenje zaduženosti pojedinačnih korisnika pomaže u borbi protiv prezaduženosti, dok koncentracija podataka o iznosu odobrenih kredita i urednosti njihove otplate omogućuje nadzor nad stabilnošću finansijskog sistema.[17]

U razvijenim zemljama organizacije za kreditno izveštavanje pružaju dodatne usluge. Jedna od najvažnijih usluga je izrada kreditnog rejtinga. Kreditni

vezi otplate kredita prema njegovom imovinskom stanju.

[13] *Ibid.* s. 10.

[14] *Ibid*, s. 11.

[15] *Feretti (2013)*, s. 794.

[16] Japelli, Pagano, *op.cit*, s. 13-14.

[17] Feretti (2013), s. 797.

rejting (skor) je numerički izraz zasnovan na statističkoj formuli kojim se vrednuje kreditna sposobnost određenog lica u datom trenutku.[18]

Podaci o korisnicima kredita se upotrebljavaju za marketinške analize i razvoj marketinških strategija kreditora u odnosu prema različitim kategorijama korisnika. Oni se koriste i za sprečavanje kriminalnih ponašanja – krađe identiteta, terorizma, izbegavanja plaćanja kazni i dr. U mnogim zemljama, izveštaji agencija za kreditno izveštavanje se koriste u procesu zapošljavanja, zaključenja ugovora o zakupu nekretnina i zaključenja ugovora o komunalnim uslugama.[19]

Novija ekonomska teorija iznosi više zamerki tradicionalnim shvatanjima o korisnosti kreditnog izveštavanja. Osnovna zamerka tiče se nepotpunosti i, često, netačnosti prikupljenih podataka, što iskrivljuje sliku o kreditnom riziku ili sposobnosti određenog lica. Čak i pod uslovom da su prikupljeni podaci tačni, ne može se zanemariti činjenica da se procena budućeg ponašanja korisnika kredita vrši na osnovu podataka koji ga samo delimično oslikavaju.[20] Takođe se ističe da određena lica ili grupe lica često ostaju ispod radara organizacija za kreditno izveštavanje, što ima negativne implikacije kako za kreditore, tako i za ta lica. Ona ostaju uskraćena za mogućnost pribavljanja kredita iz redovnih izvora kreditiranja i pod povoljnijim uslovima,[21] Nije zanemarljiv ni socijalni aspekt. Pojedini autori se pitaju da li je društveno opravdano uskratiti korisniku sa lošom kreditnom istorijom drugu šansu?[22] U praksi je uočeno da se kreditori isuviše oslanjaju na kreditne izveštaje i rejtinge agencija, umesto da samostalno procenjuju kreditnu sposobnost klijenta. Klijentima sa negativnim kreditnim izveštajem postaje zbog toga praktično nemoguće da dobiju kredit iz glavnih tokova kreditiranja.

Dalje, široko prihvaćen stav da razmena informacija među kreditorima podstiče konkurenciju trpi važno ograničenje. U slučaju da je razmena informacija ograničena na postojeće članove udruženja ili organizacije kreditora, kreiraju se prepreke za ulazak na tržište potencijalnoj konkurenciji, jer novi kreditori nemaju pristup informacijama o korisnicima koje su na raspolaganju članovima. U literaturi se navodi primer bankarskog udruženja u Meksiku, koje je iskoristilo svoj kreditni biro da bi sprečilo ulazak na tržište novih kreditora. Udruženje ba-

[18] F. Feretti, *The Never Ending European Credit Data Mess*, BEUC, The European Consumer Organisation, 2017, s. 16.

[19] *Ibid.*

[20] Feretti (2017), s. 11.

[21] Ibid, s. 15.

[22] Ibid.

naka Meksika se opiralo formiranju drugih organizacija za kreditno izveštavanje, tako što su banke – članice udruženja uskraćivale informacije o klijentima tim organizacijama.[23]

Potrebno je istaći da je za efikasno obavljanje navedenih funkcija organizacija za kreditno izveštavanje izuzetno važno da su prikupljeni podaci tačni. Tačnost prikupljenih podataka zavisi od onih koji ih dostavljaju. Na prvi pogled se čini da kreditori imaju zajednički interes da dostavljaju tačne podatke, jer tako omogućavaju organizaciji za kreditno izveštavanje, čiji su oni korisnici, da pruža kvalitetne usluge. Na drugi pogled, uočava se da svaki kreditor ima pojedinačan interes da njegovi konkurenti – ostali kreditori dobiju netačne podatke.[24] Dostavljanjem netačnih podataka umanjuju se mogućnosti konkurenata da ponude povoljnije kreditne uslove korisnicima sa dobrim kreditnim rejtingom i povećavaju mogućnosti aktuelnog kreditora da zadrži takve korisnike, uprkos lošijim kreditnim uslovima koje im daje.

Položaj agencija za kreditno izveštavanje u anglosaksonskim zemljama

U anglosaksonskim zemljama agencije za kreditno izveštavanje se osnivaju kao kompanije čija je osnovna delatnost prikupljanje i obrada podatka o korisnicima kredita, izrada kreditnih rejtinga i njihova prodaja kreditorima i drugim zainteresovanim licima. Pravo na pristup podacima agencije nije ograničen na kreditore, već se izveštaji o kreditnom rejtingu daju osiguravajućim kućama, telekomunikacionim kompanijama, poslodavcima i dr. Ne postoji zakonska obaveza dostavljanja podataka agenciji, već se odnos sa agencijom uspostavlja ugovorom, na bazi reciprociteta. Onaj ko dostavlja svoje podatke agenciji može i da pribavlja podatke od nje.[25] Po pravilu, na tržištima razvijenih zemalja posluje nekoliko agencija za kreditno izveštavanje, koje se međusobno takmiče za klijente. Na samom početku njihovog razvoja, osnivanje i rad agencija za kreditno izveštavanje bilo je uređeno samo opštim pravilima privatnog prava.

Već je navedeno da je SAD prva posebnim zakonom regulisala kreditno izveštavanje, sa ciljem da se zaštite potrošači od netačnih i zastarelih informacija u izveštajima agencija, koji su predstavljali presudan činilac prilikom dobijanja

[23] Japelli, Pagano, *op.cit*, s. 20.

[24] Japelli, Pagano, *op.cit*, s. 7.

[25] Feretti (2013), s. 799.

kredita, zaposlenja, zaključenja ugovora o osiguranju i dr. FCRA je uveo nekoliko osnovnih prava potrošača: pravo da bude obavešten o činjenici da je odbijen za kredit i sličnu uslugu zbog podataka sadržanih u izveštaju agencije, kao i o nazivu i adresi agencije; pravo da izvrši uvid u „prirodu i suštinu podataka" koje je o njemu prikupila agencija; pravo do sazna identitet davaoca i primaoca podatka koji se odnose na njega; pravo na tajnost podataka – podaci se mogu ustupati trećim licima samo u zakonom određene svrhe, pri čemu agencije moraju pokazati dužnu pažnju u proveri kome daju podatke i za koju svrhu; pravo potrošača da bude pismeno unapred obavešten o tome koja lica zahtevaju posebnu istragu o njemu, ko sprovodi istragu i šta je njen predmet. Zakonom je predviđeno nekoliko oblika pravne zaštite – krivična odgovornost za lica koja protivzakonito pribavljaju ili dostavljaju podatke o potrošaču; građanskopravna odgovornost za štetu prouzrokovanu protivzakonitim pribavljanjem ili dostavljanjem podataka o potrošaču; administrativne sankcije koje izriče Savezna trgovinska komisija.

Već u prvim godinama primene FCRA zapaženo je da predviđeni mehanizmi zaštite potrošača nisu adekvatni.[26] Zbog toga je FCRA više puta menjan. Izmenama iz 1996. eksplicitno je propisana odgovornost agencija za kreditno izveštavanje za nepoštene poslovne prakse.[27] Paragrafom 1681i propisan je obavezan postupak koji sprovodi agencija u slučaju da potrošač ospori tačnost podataka koji joj je dostavljen od strane kreditora. Agencija je dužna da u roku od 30 dana od prijema prigovora potrošača sprovede istragu i izvrši korekciju ili briše netačan podatak iz izveštaja. Ona je dužna takođe da o prigovoru promptno obavesti lice koje je dostavilo osporeni podatak, te da primeni razumne mere da se spreči da se netačan podatak ponovo pojavi u izveštaju. Ona je obavezna da obavesti potrošača, na njegov zahtev, o detaljima sprovedene istrage. Ukoliko sprovedena istraga ne dovede do rešenja spora, potrošač ima pravo da zahteva da se u izveštaj unese njegova kratka izjava o prirodi spora. Agencija je obavezna da na zahtev potrošača obavesti sva lica kojima je dostavila izveštaj sa osporenim podatkom o činjenici da je sporni podatak izmenjen ili izbrisan ili, ukoliko to nije slučaj, kratku izjavu potrošača o prirodi spora.

Uprkos unapređenju zakonskih rešenja poslednjih decenija, slučaj krađe podataka za 140 miliona građana od agencije Equifax jula 2017. pokazao je da su američki potrošači i dalje nedovoljno zaštićeni. Taj slučaj je podstakao nove iz-

[26] Feldman, *op.cit.*, s. 465 i dalje.

[27] J. Curran, K.T. Druckman, J. Fournier, S. Tscheulin, H. Westermark, *Regulation of Credit Information Companies,* Suisse Institute of Comparative Law, 2018, s. 37.

mene FCRA koje će omogućiti građanima da „zamrznu" svoje podatke kod kreditnih agencija, tako da treća lica ne mogu da imaju pristup tim podacima, niti agencije mogu da ih prodaju. Isključivo građanin odlučuje da li će i kada njegov kreditni izveštaj moći da se odmrzne.[28]

U Kanadi, zakoni o potrošačkom izveštavanju doneti su na nivou provincija. Ti zakoni predviđaju obavezu agencija da obezbeđuju tačnost podataka, ograničavaju njihovo pravo da obelodanjuju podatke trećim licima i predviđaju pravo potrošača na pristup podacima i pravo da ospore tačnost podatka. Zakonom o potrošačkom izveštavanju Ontarija predviđena je obaveza agencija da se upisuju u Registar agencija za kreditno izveštavanje. Registar ima diskreciono ovlašćenje da odbije upis agencije koja nema odgovarajući finansijski bonitet, ili ako prethodno ponašanje podnosioca zahteva daje razumni osnov za sumnju da će on u svom budućem poslovanju poštovati propise i ponašati se savesno i pošteno. Registar može da izdaje naredbe agencijama i da sprovodi istrage. On može da naloži izmenu ili brisanje određenog podatka, te da ograniči ili zabrani korišćenje podataka koji smatra netačnim ili nepotpunim. Njegovi istražitelji imaju ovlašćenje da vrše pregled poslovnih prostorija agencije ako postoji razumna sumnja na kršenje zakona.[29]

Zakonom o finansijskim uslugama i tržištima[30] u Velikoj Britaniji propisano je obavezno licenciranje agencija za kreditne reference[31] od strane Uprave za finansijsko ponašanje (*Financial Conduct Authority*), koja vrši i nadzor nad njihovim radom. Agencije se moraju registrovati i kod Kancelarije komesara za informacije, na osnovu zakona koji uređuje zaštitu ličnih podataka. Zakonom je delatnost agencija za kreditne reference definisana kao visoko rizična regulisana aktivnost,[32] pa su uslovi za licenciranje veoma strogi. Agencija mora biti osnovana u formi kompanije, mora imati adekvatan kapital i demonstrirati znanja i sposobnosti svoje uprave, te imati odgovarajući poslovni model za planiranu aktivnost.[33] Uprava za finansijsko ponašanje izdala je posebne standarde za kreditiranje potrošača.[34] Izmene standarda predložene 2017. imaju za cilj da podstaknu

[28] Tekst zakona dostupan na sajtu: https://www.congress.gov/115/bills/hr3878/BILLS-115hr3878ih.pdf . Zakon je stupio na snagu 21. septembra 2018.

[29] Curran *et al*, *op.cit*, s. 8-9.

[30] *Financial Services and Marktes Act 2000*.

[31] U Velikoj Britaniji koristi se naziv „credit reference agencies".

[32] *Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001*, Sec 89B.

[33] Financial Conduct Authority, *Guide for Consumer Credit Firms*, 2016.

[34] *Consumer Credit Sourcebook*.

odgovorno kreditiranje. Predložena je standardizacija faktora na osnovu kojih bi kreditori prevashodno vršili procenu da li potrošač može da priušti kredit (*affordability check*), umesto da se, kao do sada, kreditori oslanjaju na procenu kreditnog rizika agencija za kreditne reference.[35]

Na osnovu Zakona o potrošačkim kreditima iz 1974.[36] i Uredbe o potrošačkim kreditima iz 2000,[37] agencije za kreditne reference imaju obavezu da potrošaču izdaju kopiju izveštaja na njegov zahtev, uz minimalnu naknadu (dve funte). Na zahtev potrošača, agencija mora da ispravi ili izbriše pogrešan podatak, ili da u izveštaj unese kratko obaveštenje o tome zašto potrošač smatra da podatak nije ispravan. O navedenim radnjama agencija mora obavestiti sve kreditore koji su u poslednjih šest meseci tražili izveštaj za konkretno lice, kao i sve one koji će tražiti izveštaj u budućnosti.[38] Ukoliko agencija odbije da postupi po zahtevu potrošača za ispravku ili brisanje podatka, odnosno za unošenje njegovog objašnjenja, dužna je da o tome obavesti nadležni organ za zaštitu prava potrošača.[39]

Regulisanje kreditnog izveštavanja o potrošačima u Evropskoj uniji

Pravni okvir za kreditno izveštavanje koje se odnosi na potrošače u državama članicama EU postavljen je Direktivom EU o potrošačkim kreditima i novom Uredbom o zaštiti ličnih podataka.

Direktivom o potrošačkim kreditima[40] propisana je obaveza za države članice da obezbede da se pre zaključenja ugovora o kreditu procenjuje kreditna sposobnost potrošača, na osnovu podataka dobijenih od samih potrošača, kada je to pogodno i, kada je neophodno, konsultovanjem odgovarajuće baze podataka. Iz navedenog proizlazi da se procena kreditne sposobnosti po pravilu ne treba da

[35] Financial Conduct Authority, *Assessing Creditworthiness in Consumer Credit, Proposed Changes to Our Rules and Guidance*, Consultation Paper CP 17/27, 2017, tač. 4.23-4.24.

[36] *Consumer Credit Act* 1974.

[37] *Consumer Credit (Credit Reference Agency) Regulations* 2000.

[38] T, Edmonds, *Credit Reference Agencies*, Briefing Paper No 04070, House of Commons Library, 2014., s. 5. Pravilo o naknadnom obaveštavanju kreditora je ukinuto, jer je zaključeno da je u međuvremenu izgubilo svrhu. U praksi, potrošač se može ponovo obratiti za kredit istom kreditoru, koji će dobiti novi, ispravljen izveštaj. Curran *et al*, *op.cit*, s. 27.

[39] Počev od 2014. godine to je *Competition and Markets Authority (CMA*).

[40] *Directive 2008/48/EC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, Official Journal of the European Union, 22.05.2008. L 133.

vrši isključivo na osnovu podataka organizacija za kreditno izveštavanje. Direktivom se ipak dopušta državama članicama čije zakonodavstvo propisuje obavezno konsultovanje relevantne baze podataka da zadrže te propise na snazi.[41] Ukoliko kreditor odbije zahtev za kredit na osnovu podataka iz baze, dužan je da obavesti potrošača odmah i bez naknade o tim podacima i o pojedinostima baze koja je konsultovana. Uskraćivanje tih informacija može biti dopušteno samo iz razloga zaštite javnog poretka i javne bezbednosti, ili na osnovu drugih propisa EU.[42] Direktivom se predviđa i pravo kreditora iz jedne države članice da pribavljaju podatke iz baze podataka smeštene u drugoj državi članici (preko-granična razmena podataka).[43]

Uredba EU o zaštiti fizičkih lica u pogledu obrade ličnih podataka i slobodnog kretanja tih podataka[44] počela je da se primenjuje u državama članicama od 25. maja 2018. Uredbom se definišu osnovni principi obrade ličnih podataka: zakonitost, pravičnost i transparentnost obrade; prikupljanje podataka samo za svrhu koja je specificirana, eksplicitna i legitimna; ograničenje u pogledu vrste podataka koji se obrađuju (minimizacija podataka); tačnost i ažurnost podataka, pri čemu se moraju preduzimati razumni koraci da se netačni podaci izbrišu ili isprave bez odlaganja; vremensko ograničenje u čuvanju podataka; integritet i poverljivost obrade; odgovornost kontrolora podataka za poštovanje navedenih principa i njegova sposobnost da to demonstrira. Uredbom se detaljno uređuju prava i obaveze fizičkog lica na koje se podaci odnose (subjekta podatka), kontrolora i obrađivača podataka.

Kad je reč o pravima subjekata podataka, u kontekstu ovog rada važno je pomenuti pravo na uvid i pristup podacima, pravo na ispravku podataka i pravo da se bude „zaboravljen", odnosno pravo da se zahteva ograničenje obrade podataka. Subjekt podataka ima pravo da traži da kontrolor podataka ispravi netačne podatke koji sa na njega odnose bez odlaganja, kao i da se podaci dopune, između ostalog, izjavom subjekta podataka.[45] Subjekt podataka ima pravo da u svako

[41] Član 8 Direktive 2008/48.

[42] Član 9 st. 2 i 3.

[43] Član 9 st. 1.

[44] *Regulation EU 2016/279 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, Official Journal of the European Union, 4.5.2016. L 119.

[45] Član 16 Uredbe 2016/279.

doba povuče saglasnost za obradu podataka i da traži da se podaci izbrišu.[46] Izuzeci od ove obaveze taksativno su propisani Uredbom i tiču se razloga javnog interesa, prava na slobodu informisanja i ispunjenja zakonskih obaveza.[47] Kontrolor podataka je dužan da obavesti svakog primaoca podataka o činjenici da su podaci izbrisani ili ispravljeni, izuzev ako mu je to nemoguće ili bi mu prouzrokovalo nesrazmerne teškoće.[48] Subjekt podataka može tražiti i ograničenje obrade podataka, za period koji je potreban da se podaci provere ako su osporeni, ako subjekt podataka traži da se obrada ograniči umesto da se podaci brišu, ako kontroloru podataka ti podaci više nisu potrebni ili ako je subjekt podataka zahtevao da se prestane sa obradom, za vreme tokom kojeg se utvrđuje da li postoje legitimni interesi kontrolora koji opravdavaju obradu.[49] Subjekt podataka ima pravo da podatke koje na osnovu njegove saglasnosti obrađuje jedan kontrolor prenese kod drugog kontrolora, ukoliko se podaci obrađuju automatizovanim putem.[50] On može da u svako doba zahteva iz svojih ličnih razloga da kontrolor obustavi obradu njegovih podataka koja se vrši radi ispunjavanja zadataka od javnog interesa ili nadležnosti državnih organa, kao i radi zaštite legitimnih interesa kontrolora ili trećih lica, uključujući i profilisanje na osnovu tih podataka. Kontrolor može nastaviti sa obradom podataka samo ako demonstrira ubedljive i legitimne razloge koji prevazilaze interese, prava i slobode subjekta podataka.[51]

Subjekt podataka ima pravo da se usprotivi donošenju odluka na osnovu automatski obrađenih podataka, uključujući i profilisanje, koje izazivaju značajne pravne posledice za njega lično. Izuzetak od tog pravila postoji u slučaju kada je odluka neophodna za zaključenje ili izvršenje ugovora između subjekta i kontrolora podataka, ili ako se takva odluka donosi na osnovu saglasnosti subjekta podataka.

Agencije za kreditno izveštavanje u kontinentalnoj Evropi

U kontinentalnoj Evropi delatnošću kreditnog izveštavanja bave se agencije u privatnom vlasništvu ili ustanove javnog prava – centralne banke ili drugi or-

[46] Član 17 st. 1 Uredbe 2016/279.

[47] Član 17 st. 3.

[48] Član 19.

[49] Član 18.

[50] Član 20.

[51] Član 21 stav 1.

gani vlasti nadležni za nadzor banaka i drugih finansijskih institucija.[52] Agencije za kreditno izveštavanje u Nemačkoj osnivaju se u skladu sa opštim propisima o privrednim društvima. S obzirom da njihova delatnost podrazumeva automatsku obradu ličnih podataka s ciljem procene određene ličnosti, njenog ponašanja i ispunjenja obaveza, agencije su do nedavno bile dužne registruju i kod organa nadležnog za nadzor po osnovu propisa o zaštiti ličnih podataka. Novim zakonom donetim radi usklađivanja sa Uredbom EU o zaštiti ličnih podataka, [53] ta obaveza je zamenjena obavezom agencija da izrade procene uticaja obrade podataka na pravno zaštićene interese subjekta podataka. Tim zakonom je propisan niz obaveza za kontrolore podataka u cilju zaštite od rizika.

Članom 31 nemačkog Zakona o zaštiti podataka uređuje se kreditno izveštavanje i izrada kreditnih rejtinga. U skladu sa tom odredbom, izračunate vrednosti verovatnoće određenog budućeg ponašanja fizičkog lica (kreditni rejting) se mogu koristiti u cilju donošenja odluke da se zaključi, izvrši ili raskine ugovorni odnos sa tim licem, samo pod uslovom da su poštovani propisi o zaštiti podataka o ličnosti, podaci koji se koriste za izradu rejtinga su očigledno neophodni za izračunavanje verovatnoće nekog ponašanja na osnovu naučno priznatih statističko-matematičkih postupaka, za izračunavanje verovatnoće ne koriste se isključivo podaci o adresi tog lica i u slučaju planiranog korišćenja podataka o adresi određenog lica to lice je obavešteno na siguran način.

Podaci o potraživanjima se mogu uključiti u proces izračunavanja verovatnoće od strane agencija za kreditno izveštavanje kako bi utvrdile nečiju kreditnu sposobnost i spremnost za plaćanje obaveza samo ako obuhvataju potraživanja koja nisu izmirena na vreme i ako je reč o potraživanjima koja su nesporna. Zakonom se definiše da su to sledeća potraživanja: potraživanja utvrđena pravosnažnom presudom ili izvršnom ispravom u smislu Zakona o parničnom postupku; potraživanja prijavljena u stečajnom postupku koja nisu osporena od strane dužnika na ispitnom ročištu; potraživanja koja je dužnik izričito priznao; potraživanja za koja je, nakon njihovog dospeća, dužnik dobio dve pismene opomene u razmaku od najmanje četiri nedelje, dužnik je bio prethodno obavešten o činjenici da će agencija uzimati u obzir to potraživanje i dužnik ga nije osporio; ugovor iz koga potiče potraživanje može biti raskinut bez ostavljanja naknadnog roka za ispunjenje, a dužnik je obavešten o mogućnosti da će agencija za kreditno izveštavanje uzeti u obzir potraživanja iz takvog ugovora.

---

[52] Feretti (2017), s. 27 i dalje; Rothemund, Gerhardt.

[53] *Bundesdatenschutzgesetz*, 30.06.2017, BGBl I, s. 2097.

U Švedskoj, agencije za kreditno izveštavanje regulisane su Zakonom o kreditnom informisanju iz 1973. i Ordonansom o kreditnom informisanju iz 1981. Na osnovu navedenog zakona agencije za kreditno izveštavanje moraju imati dozvolu izdatu od strane Švedske inspekcije za zaštitu podataka. Dozvola nije potrebna bankama i kreditnim institucijama koje se bave i kreditnim izveštavanjem, ukoliko je ta delatnost uključena u licencu za obavljanje bankarske delatnosti izdate na osnovu Zakona o bankarskom i finansijskom poslovanju.[54]

Zakonom o kreditnom izveštavanju Irske[55] iz 2013. godine dato je u nadležnost Centralnoj banci Irske da vodi Centralni registar kredita fizičkih i pravnih lica i da proračunava njihov kreditni skor. Zakonom su detaljno propisani podaci koji se unose u registar, kao i prava, obaveze i odgovornosti davaoca podataka. Takođe su utvrđene svrhe za koje se podaci iz registra mogu koristiti. Kreditori su dužni da konsultuju podatke u Registru počev od 2018. u slučaju da odobravaju kredit koji prelazi iznos od 2.000 EUR.[56] U slučaju da su uneti podaci netačni, subjekti podataka mogu tražiti njihovu izmenu u Registru. Subjekt podataka ima pravo da priloži objašnjenje za podatke koji se nalaze u Registru. Centralna banka je ovlašćena da preduzme mere prema davaocima podataka koji ne postupaju po odredbama Zakona. Centralna banka može izdati obavezujuće naloge, a u slučaju da davalac finansijskih usluga ne postupi po tim nalozima, može se obratiti Visokom sudu radi prinudnog izvršenja naloga.[57] Pored toga, davaoci podataka krivično su odgovorni za tačnost dostavljenih podataka i za to da se podaci koriste u zakonom propisane svrhe.[58]

Zakonodavstvo o potrošačkim kreditima Hrvatske je usaglašeno sa direktivama EU u toj oblasti. Zakonom o potrošačkom kreditiranju[59] obavezuju se banke i druge kreditne institucije da izvrše procenu kreditne sposobnosti pre zaključenja ugovora o potrošačkom kreditu, na osnovu informacija koje zatraže i dobiju od potrošača i, samo ako je to nužno, uvidom u dostupne kreditne registre. Ako se zahtev odbije na osnovu podataka iz kreditnog registra, poverilac je dužan smesta i temeljno obavestiti potrošača o tim informacijama i pojedinostima dobi-

[54] Navedeno prema Curran *et al*, *op cit*, s. 19.

[55] *Credit Reporting Act 2013*, dostupno na sajtu: http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/45/enacted/en/html

[56] Član 14.

[57] Član 27.

[58] Član 29.

[59] Član 8 Zakona o potrošačkom kreditiranju, „Narodne novine RH“ br. 75/2009.

jenim iz registra.[60] Zakonom o stambenom potrošačkom kreditiranju[61] detaljnije je uređena obaveza procene kreditne sposobnosti pre zaključenja ugovora o kreditu. Kreditna institucija je dužna da sama uspostavi postupke na osnovu kojih će vršiti procenu kreditne sposobnosti. Kada je reč o korišćenju podataka iz kreditnih registara, kreditne institucije su dužne da potrošača unapred obaveste da će izvršiti uvid u kreditni registar, u skladu s zakonom kojim se uređuje zaštita ličnih podataka.[62]

Zakonom o kreditnim institucijama[63] izuzeto je od obaveze čuvanja bankarske tajne saopštavanje podataka o klijentima pravnom licu koje se bavi prikupljanjem i obradom podataka o bonitetu pravnih i fizičkih lica i pravnom licu koje prikuplja i razmenjuje sa kreditnim i finansijskim institucijama podatke o klijentima koji svoje obaveze ne plaćaju o roku.

Hrvatski registar obveza po kreditima osnovan je u formi društva sa ograničenom odgovornošću. Njegovi osnivači su 20 hrvatskih banaka. Nakon stupanja na snagu Uredbe EU o zaštiti ličnih podataka, HROK je prestao da izrađuje kreditne izveštaje za fizička lica, dok se njegovo poslovanje ne uskladi sa Uredbom.[64]

Kreditno izveštavanje u našem zakonodavstvu i praksi

Kreditno izveštavanje šturo je uređeno zakonima Srbije. Zakonom o bankama[65] u članu 31 definiše se kreditni rizik kao rizik mogućnosti nastanka negativnih efekata na finansijski rezultat i kapital banke usled neizvršavanja obaveza dužnika prema banci. Banka je dužna da da kreditni rizik identifikuje, meri i procenjuje prema kreditnoj sposobnosti dužnika i njegovoj urednosti u izvršavanju obaveza prema banci, kao i prema kvalitetu instrumenata obezbeđenja potraživanja banke.[66] Iz navedene odredbe proizlazi da je urednost u izvršavanju obaveza dužnika samo jedan od elemenata procene kreditnog rizika i da je odgovornost za procenu tog rizika na samoj banci. Istim zakonom utvrđeno je da se podaci

[60] Član 9 st. 2 Zakona o potrošačkom kreditiranju.

[61] „Narodne novine RH“, br. 101/2017.

[62] Član 18 st. 6 Zakona o stambenom potrošačkom kreditiranju.

[63] Član 157 stav 3 tač. 6) i 7) Zakona o kreditnim institucijama (“Narodne novine”, br. 159/2013, 19/2015 i 102/2015).

[64] Podatak sa sajta Hrvatskog registra obveza po kreditima: https://www.hrok.hr/

[65] „Sl. glasnik RS“, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015, dalje: ZoB.

[66] Član 31 stav 2 ZoB.

koji se odnose na urednost ispunjavanja obaveza klijenta prema banci ne smatraju bankarskom tajnom.[67] Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga propisana je obaveza banke, odnosno davaoca lizinga da proceni kreditnu sposobnost korisnika na osnovu podataka koje je on dostavio i uvida u bazu podataka o zaduženosti korisnika. Navedena obaveza postoji u slučaju zaključenja ugovora o kreditu, ugovora o dozvoljenom prekoračenju računa, ugovora o izdavanju i korišćenju kreditne kartice ili ugovora o lizingu.[68] Baza podatka sadrži podatke o zaduženosti korisnika kod finansijskih institucija i urednosti izmirivanja obaveza po osnovu korišćenja finansijskih usluga. Baza sadrži podatke za čiju je obradu korisnik prethodno dao pismenu saglasnost. Banka i davalac lizinga su dužni da redovno dostavljaju i ažuriraju podatke koji se vode u bazi i odgovaraju za tačnost podataka.[69]

Kaznenim odredbama ZZKFU propisana je novčana kazna za banku ili davaoca lizinga samo za slučaj da propuste da korisnika odmah i bez naknade pismeno obaveste o rezultatima uvida u bazu podatka i o podacima iz te baze ukoliko je zahtev za kredit ili lizing odbijen.[70] ZZKFU ne propisuje kaznenu odgovornost za slučaj dostavljanja podataka u bazu bez pismene saglasnosti korisnika, dostavljanja netačnih podataka u bazu i propuštanje ažuriranja dostavljenih podataka. Odgovornost banaka i davalaca lizinga u tim slučajevima može postojati po osnovu zakona kojim se uređuje zaštita podataka o ličnosti[71] i Krivičnog zakonika.[72] ZZPL-om propisano je da obrada ličnih podatka nije dozvoljena, između ostalog, ako fizičko lice nije dalo pristanak za obradu ili ako je podataka neistinit ili nepotpun, odnosno ako nije zasnovan na verodostojnom izvoru ili je zastareo.[73]

Zakonodavstvom Srbije se ne uređuje ko je ovlašćen da vodi bazu podataka o kreditnim zaduženjima, niti ko vrši nadzor nad ovom delatnošću sa aspekta za-

[67] Član 46 stav 2 tač. 4 ZoB.

[68] Član 18 stav 1 ZZKFU.

[69] Član 18 stav 5 ZZKFU.

[70] Član 50 tač. 21 i član 51 tač. 21 ZZKFU.

[71] Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, SSl. glasnik RS", br. 97/2008, 104/2009, 68/2012 i 107/2012, dalje ZZPL.

[72] Član 146 – Neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka i član 208 – Prevara, Krivični zakonik RS, "Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

[73] Član 8 ZZPL.

konitosti pribavljanja i korišćenja podataka i njihove bezbednosti. Ovlašćenja Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti na osnovu ZZPL nisu dovoljno efikasna. Subjekat podataka je dužan da se obrati najpre rukovaocu podataka sa zahtevom za brisanje ako je obrada nedozvoljena, a zatim, u slučaju da rukovalac ne uvaži taj zahtev, može podneti žalbu Povereniku. Rešenje Poverenika po žalbi je konačno i izvršno, ali Poverenik ne raspolaže zakonskim ovlašćenjima u cilju obezbeđenja izvršenja rešenja koje donosi. Unošenje oznake osporenosti podatka i privremeno obustavljanje obrade podatka je predviđeno samo ukoliko rukovalac utvrdi da je zahtev subjekta podataka osnovan![74]

Jedina baza podataka o kreditnoj zaduženosti fizičkih i pravnih lica u Srbiji uspostavljena je pri Udruženju banaka Srbije, pod nazivom Kreditni biro. Aktivnost Kreditnog biroa potpada pod sferu privatnog prava, jer ni ZoB niti ZZKFU ne ovlašćuju UBS da vodi bazu podatka o kreditnoj zaduženosti. U praksi, ali i naučnoj literaturi, Kreditnom birou UBS upućuju se zamerke u pogledu tačnosti prikupljenih podataka.[75] Izveštaji Kreditnog biroa u praksi za banke i druge pružaoce finanisjkih usluga imaju snagu neoborive pretpostavke o kreditnoj (ne) sposobnosti lica koje traži kredit. Ta prakse je suprotna važećim zakonskim propisima, koji ne ovlašćuju davaoce kredita da se u proceni kreditne sposobnosti oslanjaju isključivo na podatke o kreditnoj zaduženosti. Pri tom, izveštaji Kreditnog biroa predstavljaju privatne isprave, pa, pravno gledano, imaju malu dokaznu snagu.[76]

Aktivnost Kreditnog biroa UBS podložna je preispitivanju sa stanovišta Zakona zaštiti konkurencije.[77] Budući da se temelji na ugovoru između banaka, lizing društava i drugih kreditora, s jedne strane, i UBS, s druge strane, koji omogućuje razmenu velikog broja osetljivih informacija o klijentima, izvesno je da članice Kreditnog biroa krše odredbe ZZK o restriktivnim sporazumima.[78] Kako je prethodno opisano, dostavljanjem netačnih podataka o korisnicima banke

---

[74] Član 26 stav 4 i 5 ZZPL.

[75] V. Simović, *The Accuracy of the Infomation Presented in Credit Bureau Reports: Research and Compararitive Analysis*, Economic Analysis, br. 1-2/2015, s. 29-53.

[76] P. Milutinović, V. Dobrić, *Pravni položaj Kreditnog biroa i zaštita prava korisnika kredita*, Pravni život, br. 137/2009, s. 89-113.

[77] „Sl. glasnik RS", br. 51/2009 i 95/2013, dalje: ZZK.

[78] Član 10 ZZK. V. OECD, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, Paris 2010.

sprečavaju korisnike da refinansiraju kredite kod drugih banaka, čime se ograničava konkurencija.

ZAKLJUČAK

Neophodno je da se delatnost kreditnog izveštavanja zakonski uredi u Srbiji, kako bi se obezbedilo da se njenim obavljanjem ostvaruju korisni ekonomski i socijalni ciljevi: smanjenje izloženosti kreditnom riziku banaka, kontrola kreditne zaduženosti građana i pravnih lica, jačanje konkurencije između kreditora u pogledu uslova pružanja kreditnih usluga, veća bezbednost podataka o fizičkim licima koje se razmenjuju između kreditora. Potrebno je propisati posebne uslove za osnivanje pravnih lica koja se bave delatnošću kreditnog izveštavanja, njihova prava, obaveze i odgovornosti, kao i posebna nadzorna ovlašćenja Narodne banke Srbije, kao regulatora bankarskog i finansijskog sistema i Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti u odnosu na ta lica. Do donošenja neophodnih propisa, rad Kreditnog biroa UBS trebalo bi staviti pod lupu Komisije za zaštitu konkurencije.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

ABOUT THE NECESSITY OF THE LEGISLATION ON CREDIT REPORTING

Summary

Credit reporting is often praised by economists for improving banks' efficiency and strengthening competition between banks. However, credit reporting activities raise serious concerns from the aspect of consumers' protection, data security, competition laws and even human rights. The provision of inaccurate or false data by creditors to credit reporting agencies represents one of the most controversial issues in theory and practice since it restricts clients' ability to obtain credit at all or to obtain it under better terms. The author analysed legislation of several Anglo-Saxon countries and the EU member states from the aspect of dealing with the unfair banking practice to supply inaccurate data about clients and pointed out to the most efficient mechanisms for its prevention or elimination. She further analysed the situation in Serbia regarding the legal standing of the credit reporting activity. She concluded that de facto monopoly of the Credit Bureau of the Association of Banks of Serbia in providing credit reports to creditors urges for legislative measures and an investigation by the Serbian Commission for Protection.

MARKO BABIĆ

KRIPTOVALUTE
RAČUNALNA PROVOKACIJA, MONETARNO-FINANCIJSKA MODA ILI BUDUĆNOST

U V O D

1. S obzirom na svoju ulogu kroz povijest pa i danas novac je pojava koja izaziva ljudski interes više nego bilo koja druga ekonomska pojava. On je jednako izazovan za najširu javnost kao i monetarne stručnjake, koji se bave monetarnom politikom bilo u teorijskom bilo u praktičnom smislu. Svi se slažu u jednome, a to je da svaki pojedinac mora imati "dovoljno" novca. Takvim pogledom na novac stvara se površan odnos prema njemu. Takvo promatranje novca na pojavnoj razini bez upuštanja u njegovu potpunu svrhu, njegovo porijeklo, njegovu amortizaciju ili njegovu potrebnu količinu u opticaju čini se pogrešnim.[1]

2. Jedno je apsolutno sigurno, a to je da novac nema nikakvog smisla pa ni vrijednosti bez njegove upotrebe u svakodnevnom, realnom životu ne samo trgovačkih društava, države, nego i svakog pojedinca. Novac svoj smisao i svoju vri-

---

Dr Marko Babić, profesor Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Studij Međunarodnih odnosa Sveučilišta Libertas u Zagrebu.

[1] Ovo ne treba čuditi ako znamo da se ni teoretičari monetarizma nisu usuglasili o tome što je novac, zašto više ne treba imati materijalnu podlogu u plemenitim metalima ili drugim dragocjenostima, te u kojoj mjeri može biti poticajan za ekonomski razvoj.

jednost dobiva tek onda kada ga ljudi uključe u svoj svijet usluga i roba nakon čega on ulazi u simbiozu s tim robama i uslugama. Uključivanjem u svijet roba i usluga novac postaje univerzalna roba. Univerzalna zato jer može biti zamjena za svaku drugu robu. Novac tako postaje temeljni generator razmjene roba i usluga. No nije to jedina njegova funkcija. Pametnom upotrebom novac može biti važan faktor u ekonomskom rastu i razvitku. Naime, novac može biti kreditno sredstvo za gospodarska ulaganja, povećanje proizvodnje, zapošljavanje, a time i važan faktor sveukupnog društvenog razvitka. Svaka država vodeći svoju ekonomsku politiku (čiji je sastavni dio i monetarna) vodi računa o količini novca koji je potreban, a istovremeno i optimalan za uredno funkcioniranje ekonomskih aktivnosti, javnog i privatnog života.

Danas puno više nego ranije praćenje i doziranje količine novca u opticaju je važno iz vrlo jednostavnog pa i praktičnog razloga, a to je zato što je novac sam po sebi izgubio vrijednost.[2] Danas se vrijednost određuje administrativnom odlukom. Njegova vrijednost je onolika koliko to odredi tijelo sa javnim ovlastima za donošenje takve odluke.[3] Takav novac izoliran ne samo od robnih tokova nego i od svakodnevnog života nema nikakvu ulogu niti vrijednost. Kako novac više nema protutežu u plemenitim metalima, jedino što je preostalo je povjerenje u vrijednost kao quasi parametar iz čega proizlazi njegov smisao. Kako je novac i sui generis roba on ima svoju cijenu osim što se pomoću njega određuje cijena drugih roba u procesu razmjene, naravno i usluga.[4] I kod novca kao i kod ostalih roba svoje učinke ima zakon ponude i potražnje, pa će kamata biti obrnuto proporcionalna količini novca koji je raspoloživ za posudbu. Količina novca u opticaju jeste uzrokom povećanja ili smanjenja njegove vrijednosti.

3. Neke radnje s novcem kroz povijest su ostale iste neovisno o njegovim pojavnim oblicima. Naime, novac mora doći u opticaj, ali ga se isto tako ponekada mora povući iz opticaja, uostalom kao i druge robe. Iznimno je važno znati kako on dolazi u opticaj, kako se određuje količina koja je u opticaju potrebna te kako se povlači iz opticaja. Sve su ovo pitanja na koja odgovore znaju oni koji vode monetarnu politiku i utvrđuju parametre za ove radnje i postupke. S obzi-

[2] Naime, vrijednost novca je administrativne naravi jer više ne mora postojati protuteža u plemenitim metalima ili drugim dragocjenostima.

[3] Ovo nije nova pojava u postupanju vlasti s novcem. Još su grčki filozofi definirali vrijednost novca kao "prisilnu vrijednost", jednostavno zato što je ta vrijednost bila određena zakonom, a novac je na sebi nosio insignije vlasti – države.

[4] Cijena novca je kamata koja se plaća za posuđeni novac u različite svrhe.

rom da je novac univerzalna roba on je s obzirom na to svoje svojstvo ekvivalent s pomoću koga se određuje vrijednost svih ostalih roba, a zbog čega mu pripada uloga glavnog sredstva razmjene roba i usluga.

4. Kroz povijest novac je mijenjao svoje pojavne oblike, od kamenih pločica do papirnatih ili kovanih novčanica, pa sve do zapisa u knjigama ili s obzirom na suvremenu računalnu tehnologiju do zapisa u bančinoj računalnoj memoriji. Funkcije novca su činjenice oko kojih nema prijepora u stručnoj javnosti. U svim udžbenicima monetarne politike te funkcije se označavaju: promet i plaćanje; štednja; ekvivalent vrijednosti; funkcija svjetskog novca.

Na svojim počecima ili preciznije rečeno na počecima razmjene-trampe novac je bio roba koja se razmjenjivala. Bila je to prva i kako teoretičari vole kazati "primitivna" novčana razmjena.[5]

5. U suvremenom novčanom sustavu, kako je već spomenuto, dominantna je papirnata valuta pa se papirnata novčanica pretvorila u papirnati novac.

S obzirom na način suvremenog poslovanja monetarni sustav se temelji na takozvanom depozitnom odnosno žiralnom novcu. Već je ovaj novac popularno nazvan elektroničkim novcem jer je pri transakcijama korištena računalna tehnologija. Na ovaj način vrši se bezgotovinsko plaćanje. Naravno da je ovo prouzročilo samo po sebi niz novih pojava zloupotrebe računalne tehnologije (krađe pomoću hakiranja).

Već površnim ogledom vidljivo je da su današnji kreatori novca isključivo banke. Razvojem računalne tehnologije stvorene su svemirske mogućnosti kreiranja "svega i svačega", pa tako i novca. Još se pojavom prve banke počelo mijenjati sve iz temelja. Od 1407. godine pojavom prve banke "Casa di san Giorgio" u Genovi pa sve do danas jedino promjene su konstanta u novčarskom poslovanju. S obzirom na ovakvo stanje i države su se kao uređeni pravni sustavi prilagođavale novonastalim prilikama. Sve države na "putu ulaska" u Europsku uniju morali

[5] Prema nekim povijesnim izvorima proizlazi da se prvi neorganski novac pojavio u drevnom Babilonu u obliku glinenih ili metalnih pločica. Protekom vremena novac je pojačavao svoju vezu s državom pa je u Antičkoj Grčkoj komadić kože na kome je bio pečat vladara bio novac, jer bez toga pečata to bi ostao komadić kože. Poslije je novac stekao svoje pojavne oblike u papiru i plemenitim metalima pa sve do novčanih surogata u obliku različitih cirkulacijskih papira (obveznice, doznake, mjenice, čekovi i dr.) koji imatelju daju pravo na označenu količinu pravog ili kreditnog novca.

su prilagoditi svoje zakonodavstvo europskim standardima ili kako to protagonisti (glavni) vole kazati "pravnim stečevinama" Europske Unije.[6]

6. Značaj novca koji je kroz povijest rastao stvorio je potrebu stvaranja novca i upravljanje istim, a što se moglo učiniti samo kroz institucije koje su se profilirale kao financijske institucije. Kada je u pitanju stvaranje i amortizacija novčanih pojava danas, to rade monetarne institucije. Dakle one institucije koje imaju ovlast stvarati novac i provoditi njegovu amortizaciju i koje u svojoj bilanci na pasivnoj strani imaju obvezu s osnova izdanog novca su monetarne institucije u klasičnom smislu riječi. To su u prvom redu središnje emisione banke, ali to mogu biti i poslovne banke.

Međutim osim ovih institucija postoje i druge institucije koje "rade" s novcem, kao što su mirovinski fondovi, osiguravajuća društva, dionički investicijski fondovi, specijalizirane banke (u pravilu investicijske). Ove institucije jesu financijske institucije, ali nisu monetarne. Njihova se uloga iscrpljuje u posredništvu u razmjeni novca. Razlika između jednih i drugih nije samo formalne naravi, nego suštinske. Naime kod financijskih (nemonetarnih) institucija je pozicija novca obrnuta u odnosu na monetarne i vodi se na aktivnoj strani bilance.

Povijest novčanih poslova pokazala je da novac egzistira u dvije varijante i to kao gotov novac i kao depozitni novac. Gotov novac je u isključivoj nadležnosti središnje emisione banke jer je ona izdavatelj tog novca i u svojoj bilanci ga vodi na pasivnoj strani.

Depozitni novac je novac uložen kod poslovnih banaka (tim poslom se središnja banka ne bavi) po različitim oblicima računa (žiro ili tekući) i u bilanci banke se vode kao njezina obveza po osnovu tih uloga. Iz ovoga se jasno vidi da poslovi kojima se bave banke (rad s novcem kao robom) jesu sui generis koncesionirana javna ovlast za koju se ne plaća koncesija, ali se plaćaju odgovarajući iznosi središnjoj banci radi osiguranja uloga za slučaj bančinog bankrota. Njihov rad odobrava i nadzire središnja banka uz ostala nadzorna tijela.

[6] Republika Hrvatska je 2009. g. je donijela Zakon o kreditnim institucijama po kome per definitionem kreditna institucija predstavlja pravnu osobu koja je od Hrvatske Narodne Banke ili druge ovlaštene institucije dobila odobrenje za svoj rad a koji se može sastojati od: primanja depozita od javnosti i davanja kredita per suo conto; izdavanja sredstava plaćanja u obliku *elektroničkog novca.* Dakle kreditna institucija je postala institucija za elektronički novac, čime se *neprikriveno navijestio dolazak virtualnih valuta na monetarnu scenu.*

Novčanu masu ili cjelokupnu količinu novca u opticaju čine sva sredstva plaćanja i prometa, a što u naravi predstavlja zbroj depozitnog i gotovog novca.[7]

POJAM, NASTAJANJE I KORIŠTENJE KRIPTOVALUTE

7. U uvodnim napomenama je bilo nužno prikazati retrospektivu nastanka, razvitka, promjena i pojavnih oblika novca kako bi nam bilo lakše shvatiti pojavu kriptovaluta. Naime iz te retrospektive vidljivo je što je sve kroz povijest moglo služiti kao novac, sredstvo razmjene i sredstvo plaćanja. Kada to sagledamo bit će nam lakše shvatiti pa i prihvatiti nastanak i primjenu kripto valuta. Ovakve pojave su zabilježene i na drugim područjima života i svojim su nastankom predstavljale novinu koju jednostavno nije bilo moguće prihvatiti jer je djelovala nestvarno.[8]

Kako bi se uopće razumjelo bilo što o kriptovalutama potrebno je razjasniti jedan mali leksikon pojmova koji su potpuno nepoznati tradicionalnoj i pravnoj i ekonomskoj znanosti. Većina pojmova do sada nije uopće korištena pa se i njihovo značenje treba još kroz vrijeme iskristalizirati. Prema ovoj pojavi države kao pravni sustavi morat će zauzeti zvanično stajalište jer je pojava tu i proizvodi materijalne posljedice u stvarnom životu iako je pojava virtualna.

8. Uz sam nastanak kriptovalute vezano je ime *Satoshi Nakamoto.* Riječ je o pseudonimu osobe ili je riječ čak o grupi osoba koja je osmislila i objavila ideju decentraliziranog keš sustava. U siječnju 2009.g. obnarodovan je kod koji je predstavljao prvi decentralizirani keš sistem pod nazivom BitCoin (peer to peer).

Prije svega treba imati na umu da je riječ o pojavi koja niti u jednom pravnom poretku nije normativno uređena, ona je sebe sama oktroirala cijelom svijetu. Mnogi ljudi su čuli za kriptovalutu (cryptocurrency) kao i za rudarenje (mining), međutim temeljem svojih tradicionalnih znanja iz oblasti financija ili monetarne teorije ne mogu razumjeti o čemu se zapravo radi. Čini mi se da je potrebno krenuti od samog pojma kriptovalute.

---

[7] Prema pravilima MMF-a novčana masa u užem smislu su svi instrumenti koji služe kao zakonsko sredstvo plaćanja. Kako i kriptovalute počinju služiti kao sredstvo plaćanja, čak u pojedinim zemljama i prema državi, to su i one dio koji čini novčanu masu makar koliko to a prima vista izgledalo nestvarno.

[8] Prisjetimo se Zamjatinovog romana "Mi" u kome su ljudi umjesto imena koristili brojke pa se tako 327 zaljubila u 520 i to je izgledalo suludo, a danas vas nitko ne prepoznaje bez vašega OIB-a i JMBG-a.

Prema dominantnom stajalištu kriptovaluta je specifična vrsta imovine koja predstavlja digitalni prikaz vrijednosti koju njezini imatelji mogu držati ili elektronički razmjenjivati, te međusobno koristiti za plaćanje u skladu s uvjerenjem da taj digitalni, virtualni prikaz ima stvarnu vrijednost.[9] Sama definicija kriptovalute upućuje nas dalje u razmatranje, kako je nastala kriptovaluta i kako i dalje nastaju nove kriptovalute, kako se posluje "zarađuje" radeći s kriptovalutama.

Konačno, ovo razmatranje bi nam trebalo otvoriti horizont i ponuditi bar donekle odgovor na pitanja: je li kriptovaluta zamjena za klasičnu monetu, monetarno-financijska moda, budućnost monetarnog i financijskog života svijeta ili je to samo privremeno "trgovanje optimizmom", kao što je to (makar koliko nam to bilo teško priznati) i trgovanje dionicama i ostalim vrijednosnim papirima na burzama. Ako imamo u vidu da je u pitanju pravno potpuno neuređeno područje te činjenicu da ekonomska znanost do danas na egzaktan način nije odgovorila na pitanje kako se vrijednost dionica nekog trgovačkog društva uveća nekoliko puta u kratkom vremenu, a da se realno stanje društva nije promijenilo, ne treba onda čuditi da uvjerenje da nešto ima vrijednost predstavlja dostatan razlog da je zaista i ima. Konačno i papirnata novčanica ima vrijednost zato što vjerujemo da je ima jer je javna vlast tako rekla.

Dakle, kriptovalutu i rad s njom možemo nazvati trgovanje nadom da će nešto biti baš tako kako zamišljamo sjedeći u svojoj sobi pred televizorom. Neki su još devedesetih godina prošlog stoljeća pokušali raditi sa kriptovalutama, ali je stanje svijesti tada bilo još uvijek pod jakim tradicionalnim utjecajem što je odgodilo početak života nove monetarno-financijske odnosno računalno-novčane pojave. Kako je riječ o računalnoj kategoriji sam po sebi se stječe dojam da pravna uređenost nije ni potrebna, a pogotovo ne u pisanoj formi. Usmena forma je svakako podložna svakotrenutnim promjenama tako da ju je teško i nazvati pravnom normom koja bi trebala polučiti bar malo pravne izvjesnosti. Prema svemu što se može zaključiti iz dostupnih informacija kriptovaluta je *nusproizvod digitalnog keša.*

[9] Definiranje pojma kriptovalute utemeljeno je u pretežitoj mjeri na mišlju EBA-e "Opinion on virtual currencies" www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.

9. Realizacija digitalnog keša slična je klasičnom bankarskom sistemu. Naime potrebno je pristupiti mreži koja se sastoji od vašeg naloga (računa), bilance i transakcije. U stvari ograničeni broj unosa u bazu koju nitko ne može izmijeniti bez specifičnih uvjeta stvara kriptovalutu. Ovo isto bi se moglo primijeniti i na tradicionalne valute međutim diferentia specifica u odnosu na tradicionalne valute je decentraliziranost. Kada su u pitanju tradicionalne valute one su uvijek centralizirane u središnjoj državnoj banci. Tradicionalne valute su uvijek vezane uz monetarni sustav države čijim specifičnim uvjetima upravlja središnja banka, *dok je nastanak kriptovalute baziran na rudarenju.*

Kod kriptovaluta uspostavljena je mreža sudionika (peers) u kojoj svaki peer sadrži pregled svih transakcija i bilanci svih naloga u mreži. Transakcija je u stvari datoteka koja sadrži podatke koliko je tko kome predao kripto novčića. *Tek potvrdom transakcije nastaje kriptovaluta.* Potvrdu transakcije obavljaju rudari (mineri). Kada je potvrđena transakcija je nepromjenjiva i postaje dijelom lanca blokova (blockchain). Za potvrđivanje transakcije rudari bivaju plaćeni tokenima koji predstavljaju konkretnu kriptovalutu koja je potvrđena.[10]

Kriptovaluta ima dvije temeljne osobine: transakcione i monetarne.

Transakcione osobine su: ireverzibilnost; pseudonimnost (anonimnost); brzina i globalnost; sigurnost, i nepotrebnost dozvola (deregulacija).

Ireverzibilnost je nemogućnost vraćanja nakon potpisa i potvrđivanja od strane rudara.

[10] Rudarenje (mining) je metaforički pojam koji se koristi za proces otkrivanja kriptovaluta. Kriptovaluta se za razliku od tradicionalnih valuta *otkriva*, a ne izdaje, to se takvo otkrivanje naziva rudarenje. Oni rade međusobno unutar mreže. To je proces praćenja svih transakcija kako bi se saznalo koliko tko ima novca odnosno protuvrijednosti u kriptovaluti. Rudari pomoću grafičkih kartica otkrivaju, potvrđuju i zapisuju transakcije u *glavnu knjigu* (general ledger). Sve transakcije u određenom vremenskom periodu se skupljaju i stavljaju u lanac blokova (blockchain). Kada je stvoren ovaj blok rudari ga obrađuju i to tako da na informacije skupljene u bloku matematičke formule pretvaraju u takozvani hash koji se čini kao nasumičan niz brojeva i slova. Kad rudari uspješno kreiraju hash dobivaju određenu vrijednost u kriptovaluti. Kako je lanac blokova ažuriran svi u lancu znaju za to. Riječ je o hardverski vrlo zahtjevnom procesu, jer bez rudara i njihovih hardvera koji obavljaju složene računalne operacije priča o kriptovalutama bi bila nemoguća. Ono što motivira ljude na poslove rudarenja jeste zarada i zato je sve veći broj rudara, a cijena grafičke kartice je sa 15 porasla na 250 dolara. Rapidno povećanje korisnika u lancu može dovesti do drastičnog pada vrijednosti kriptovalute. Kako je riječ o nenormiranom području koje nije vezano niti uz jednu instituciju, nego je riječ o decentraliziranoj mreži, to se ova pojava može nazvati *anarhokapitalizmom.*

Pseudonimnost, anonimnost je mogućnost da vlasnik transakcije ne mora koristiti svoj pravi identitet nego se može koristiti pseudonimom i tako ostaje anoniman.

Brzina i globalnost znače da jednom pronađen blok se instantno potpisuje i u roku od par minuta potvrđuje bez obzira gdje se druga osoba nalazila.

Sigurnost proizlazi iz samoga pojma kripto i ona je na višem nivou od bilo kog bankarskog sefa. Samo vlasnik kripto ključa može poslati transakciju.

Nepotrebnost dozvola je dokaz deregulacije jer ni od koga ne treba tražiti dozvolu nakon potvrđivanja rudarenja. Konačno zbog deregulacije ne postoji tijelo sa javnim ovlastima od koga bi dozvolu trebalo tražiti, odnosno koje bi izdavalo licencu za potvrđivanje rudarenja.

Monetarne osobine su: kontrolirana i limitirana opskrba bez dugova i vlasnika. Dakle nema središnjih banaka, inflacije, deflacije ili tiskanja novih kriptovaluta. Ukupna količina, odnosno broj tokena kod svih kriptovaluta je zapisana u kodu i uvijek se može provjeriti.

Ovakav način funkcioniranja, bez banaka, ili državnih posrednika i jamaca utjecalo je na nezavisnost i popularnost kriptovaluta. Kako su kriptovalute zamišljene kao digitalni keš prvi su ih prepoznali "crnoburzijanci" i korisnici nelegalnih tržišta, što i ne čudi jer kriptovalute osiguravaju anonimnost, nema političkog ili bankarskog utjecaja i predstavljaju brz i komforan način plaćanja. Prema nekim podacima danas kripto burze imaju veći promet nego što ga imaju konvencionalne europske burze.[11]

UPOZORENJA MONETARNIH VLASTI VEZANA UZ KRIPTOVALUTU

10. Prvo što javne vlasti upozoravaju jest da virtualne valute nisu novac jer ne ispunjavaju osnovne funkcije novca. To što ne ispunjavaju funkcije novca, u najvećem dijelu doprinosi njihova volatilnost (kolebljivost). Odmah na početku

[11] Osim trgovine kriptovalutama veoma je aktualna ICO (Initial Coin Offering), koji je vrlo sličan IPO (Initial Public Offering). Radi se o situaciji da kreator nove kriptovalute sa definiranim izlaskom na tržište u predkampanji poziva investitore i mešetare da unaprijed ulože sredstva (crowdfunding) i podrže novu valutu pa se izlaskom kriptovalute na tržište uveća njezina vrijednost od čega profitiraju inicijalni investitori. Osim svega coin ne može biti zamrznut, ne može biti oporezovan i transakcijski troškovi su neznatni.

treba kazati da će se stajališta javne vlasti morati koordinirati i usuglasiti. Naime porezna vlast smatra da je trgovanje kriptovalutama financijska transakcija. Ako je financijska transakcija onda je neupitna funkcija koju ima i novac.[12] Ako pak nije u pitanju novac teško će se trgovanje kriptovalutama smatrati financijskom transakcijom.

Daljnje upozorenje monetarnih vlasti je da kriptovalute ne izdaje središnja banka niti bilo koje drugo tijelo javne vlasti. Ponuda pojedine kriptovalute (ili kako u svojim dokumentima pišu središnje banke "virtualna valuta") je ograničena i utemeljena je na početnim postavkama kompliciranih algoritama, a što dominantno utječe na kretanje cijena kriptovaluta. Unatoč ovim upozorenjima broj kriptovaluta se rapidno povećava. Ovo je moguće stoga što ponuda ovih valuta ne ovisi o ekonomskoj potražnji i potrebi nego o tehnološkim rješenjima. Konačno kriptovalute se pohranjuju u tzv. "digitalne novčanike" i razmjenjuju se na burzama kriptovaluta.

Jedan od najvažnijih prigovora je to da kriptovalute nisu novac niti ispunjavaju temeljne funkcije novca. Ovaj prigovor će teško biti održiv i dalje jer prema nekim najnovijim podacima postoje sustavi koji dopuštaju plaćanje čak i poreza državi kriptovalutom. Istini za volju kriptovalute nisu mjerilo vrijednosti za usporedbu cijena različitih roba i usluga. Samim tim nisu ni sredstvo razmjene jer je njihova upotreba u tu svrhu jako ograničena pogotovo što je najveći dio tržišta uopće ne prihvaća. Međutim očito je da je ipak njihovo pozicioniranje prisutno i u tom smislu.

Prigovor monetarnih vlasti da kriptovalute nisu sredstvo štednje je potpuno irelevantan. Imatelji kriptovaluta štednju i ne žele, njihov motiv je brza i izuzetno velika zarada. Ovo se može nazvati spekulativnom potražnjom, ali i poslovne banke na štednju tradicionalnog novca gotovo više ne plaćaju nikakvu kamatu tako da i on gubi funkciju sredstva štednje.

[12] Porezna uprava Ministarstva financija Republike Hrvatske je u svom uputstvu klasa: 410-01/17-01/1419 i urbroj: 513-07-21-01/17-2 od 14. srpnja 2017.g. definirala što je to trgovanje kriptovalutama. Prema mišljenju iz navedenog uputstva trgovanje kriptovalutama se smatra financijskom transakcijom i plaćanje poreza na dohodak je obvezno i to s osnova kapitalnih dobitaka. Osnovica je razlika između nabavne i prodajne cijene umanjena za možebitne troškove. Stopa poreza je 12%, a iznos poreza je osnovica za plaćanje prireza lokalnoj upravi ovisno o mjestu prebivališta obveznika.

Nepoznavanje pozadinske vrijednosti kriptovaluta jer se bazira na kompliciranim računalnim operacijama nije niti važno jer se ne zna ni pozadinska vrijednost klasičnog novca jer je ni nema. Ta vrijednost je bazirana na vjeri u administrativnu odluku javne vlasti, a količina i štampanje novca nije provjerljivo.

Volatilnost (kolebljivost) kriptovaluta jeste problem koji može i dalje ograničavati njihovu upotrebu kao mjerila vrijednosti i sredstva razmjene. U takvoj je situaciji teško utvrđivati cijene roba i usluga izražene u kriptovalutama.[13]

STAV MONETARNE VLASTI U REPUBLICI HRVATSKOJ PREMA KRIPTOVALUTAMA

11. Na početku treba kazati da financijska i monetarna vlast nemaju niti jedinstven niti normativni stav prema pojavi kriptovaluta. Naprijed spomenuto uputstvo Porezne uprave praktično priznaje da je riječ o financijskim transakcijama i nalaže podnošenje porezne prijave i plaćanje poreza na dohodak. S druge strane monetarna vlast rukovođena pozitivnim propisima iznosi cijeli niz prigovora na rad s kriptovalutama. Očito je riječ o različitim interesima jedne i druge vlasti. Porezna tijela nastoje oporezovati sve što je moguće makar i na temelju iznimno ekstenzivnih tumačenja pa tako i prihode od rada s kriptovalutama, ne vodeći računa o stajalištu monetarne vlasti koja smatra da je riječ o računalnoj kategoriji i ništa drugo. Monetarna pak vlast ne želi dovesti u pitanje svoj monopolski položaj kad je u pitanju rad sa novcem.

12. Temeljem pozitivnih zakonskih propisa u Republici Hrvatskoj kriptovalute nisu zakonsko sredstvo plaćanja. Naime kao jedino zakonsko sredstvo plaća-

[13] Nadzorno tijelo financijskog tržišta Švicarske države FINMA izdalo je objavu kojom pojašnjava primjenu zakonodavstva iz oblasti financija investitorima i organizatorima inicijalnih ponuda kriptovaluta (ICO). U objavi se prvenstveno pojašnjava i regulira način prikupljanja sredstava sa svrhom sprečavanja pranja novca što je izazvalo povećanje međusobnog povjerenja. Sva inicijalna ponuda procjenjuje se posebno jer propisi nisu jednako primjenjivi na sve inicijalne ponude. U objavi su tokeni kategorizirani u tri kategorije: 1.Platni token (Payment ICO), služe samo u svrhu plaćanja i moraju biti u skladu s propisima protiv pranja novca. 2.Korisni tokeni (Utility ICO), služe za pristup proizvodima i uslugama odnosno aplikacijama i dok služe toj svrsi neće imati svojstvo vrijednosnih papira. 3.Asset token (Asset ICO) su tokeni koji donose plodove u vidu dividende, smatraju se vrijednosnim papirima i na njih se primjenjuje zakonodavstvo koje uređuje vrijednosne papire. Ovi tokeni imaju učinak dionica. Financijski dužnosnici Švicarske države izjavili su da će Švicarska postati raj za kriptovalute, ali će to tržište biti nužno disciplinirati, te da će Švicarska nacija postati kripto nacija.

nja je kuna.[14] Istina iznimno zakonom može biti odobrena i druga valuta umjesto kune kao zakonsko sredstvo plaćanja.[15]

Rad sa kriptovalutama u Republici Hrvatskoj nije zakonit, ali nije ni nezakonit. Naime pravne i fizičke osobe koje u Republici Hrvatskoj rade s kriptovalutom nisu dobile licencu Hrvatske narodne banke. Također njihovo poslovanje ne nadzire ni HNB niti bilo koje drugo tijelo državne vlasti. Republika Hrvatska je prihvatila dominantno mišljenje u Europskoj uniji da kriptovalute ne mogu biti zakonsko sredstvo plaćanja, elektronički novac ili instrument plaćanja. Dakle ne postoje javna regulatorna tijela koja nadziru rad sa kriptovalutama.

Posebno upozorenje koje upućuje monetarna vlast je da je ulaganje u kriptovalute iznimno rizično zbog velikog broja mogućnosti gubitka imovine koja bi bila uložena u rad s kriptovalutama.

Nema osiguranja imovine uložene u rad s kriptovalutama. Ako se ovome doda brz rast novih mreža kriptovaluta i oscilacija vrijednosti te zbog globalnog karaktera mogućnost krađa je uvećana, onda prigovor da ne postoji osiguranje ovoga ulaganja ima ozbiljan razlog.[16]

Transakcije kriptovaluta su anonimne i pseudoanonimne, one mogu biti povezane s kaznenim djelima pa čak i za financiranje terorizma.[17]

Dakle, javna vlast u Republici Hrvatskoj morat će koordinirati svoje aktivnosti i usuglasiti svoje stavove spram kriptovaluta i to ne samo na izvršnoj razini, a koje stavove mora usuglasiti sa postojećim zakonskim rješenjima, nego i na zakonodavnoj jer ne može se kazati da kriptovalute u RH nisu već u dovoljnoj mjeri raširene. Za sada njihovo postojanje ne ugrožava monetarni sustav, ali može u ozbiljnijoj mjeri ugroziti pojedince, a s vremenom i monetarni sustav.

---

[14] Kuna je zakonsko sredstvo plaćanja u Republici Hrvatskoj." članak 21 st.2 Zakona o Hrvatskoj narodnoj banci Narodne novine br. 75/08 i 54/13.

[15] Članak 12. st.3. Zakona o Hrvatskoj narodnoj banci.

[16] Za razliku od kriptovaluta depoziti u poslovnim bankama osigurani su do sto tisuća eura po deponentu, dok su ulagatelji u investicijske fondove zaštićeni do sto pedeset tisuća eura.

[17] Ovo je poseban problem za poreznike jer je teško ući u trag eventualnim poreznim obveznicima.

ZAKLJUČAK

Pojava kriptovaluta ili virtualnih valuta (kako voli monetarna vlast nazivati kriptovalute) dovela je i javnu vlast i tradicionalnu monetarnu znanost u položaj da moraju zauzeti svoj stav prema toj pojavi. Tradicionalno objašnjenje kriptovalute ili objašnjenje s pomoću tradicionalnih znanja je prilično otežano. Sve do sada vezano uz valute potjecalo je od javne vlasti što je, razumije se samo po sebi, bilo najprije normativno uređeno. Iz te normativne uređenosti jasno se moglo razabrati pojam, stvaranje ili nastanak, korištenje i amortizacija valutne pojave.

Pojavom kriptovalute dogodile su se dvije stvari koje su iznenadile i javnu vlast i monetarnu teoriju: kriptovaluta ne potječe od javne vlasti, i nije normativno uređena. Za stvaranje kriptovalute dakle nije potrebno prvenstveno znanje iz monetarne teorije i prakse nego znanje računalne tehnologije i znanje složenih matematičkih operacija. Također nije potrebno odobrenje javne vlasti jer kriptovalute nisu geografski vezane za određeni prostor jer je irelevantno gdje se nalazite s vašom grafičkom karticom jer se nalazite u decentraliziranoj mreži korisnika.

Ono što bi se moglo nazvati zajedničkom komponentom jeste da kriptovaluta ima vrijednost zato što izdavači i vlasnici kao i drugi sudionici u radu s kriptovalutom vjeruju da se primjenom kompliciranih matematičkih algoritama u računalnim operacijama stvara vrijednost. Isto je i s tradicionalnim valutama otkako ne postoji protuvrijednost u odgovarajućim dragocjenostima. Istina ta vjera nešto je "čvršća" kod tradicionalnih valuta jer su izdane od javne vlasti.

Međutim, prošlost nas uči da to baš i nije neki osobit razlog za povjerenje. Za sada postoji veliki broj operativnih rizika za gubitak imovine uložene u rad s kriptovalutama jer ne postoji nikakav sustav osiguranja za nadoknadu uložene i propale imovine.

Autori i imatelji kriptovaluta za sada smatraju da im nije potrebna normativna uređenost jer je kriptovaluta računalna kategorija bazirana na matematičkim zakonitostima i za to im nisu potrebite nikakve norme.

Međutim, kako su kriptovalute već u prometu javna vlast će morati zauzeti konzistentan stav prema njima. Veliki broj ljudi ulazi u rad sa kriptovalutama stječući ili gubeći određenu imovinu. Dakle dolazi do promjena u imovinskoj sferi što dovodi i do obveza tih građana prema državi, ali istovremeno mogu nastati obveze države prema građanima ukoliko propadne imovina uložena u ovu novonastalu pojavu i djelatnost. Dakle, morat će se na neki način normativno reagira-

ti kako bi se izbjegla pravna neizvjesnost, a posljedično i materijalna, te kako bi se osujetila porezna evazija.

MARKO BABIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Economics,
University of Zagreb

CRIPTOVALUTE – MONETARY-FINANCIAL FASHION OR FUTURE

Summary

Since computer display of values has entered into force, cryptocurrencies have become significant mean of payment of financial transactions. Although contested in many countries, they became a reality in monetary and financial world that cannot be ignored anymore.

Complex mathematical-computer operations became a currency out of the same reason like traditional currencies. That reason is the belief that those operations, those algorithms, represent the real value just like in the past there existed belief that paper denominations, i.e. banknotes represent the real value. The future will show the exact status of cryptocurrencies. Nevertheless, it should be said that contemporary trends indicate that the participation of cryptocurrencies in the business world will increase in the future.

DANIJELA RADONIĆ

MJENICA IZDATA "BEZ POKRIĆA" KAO OSNOV KRIVIČNE ODGOVORNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI

UVOD

Mjenično poslovanje je doživjelo ekspanziju u Bosni i Hercegovini donošenjem entitetskih Zakona o mjenici[1] (u daljem tekstu: ZM). Iako ovaj *lex specialis* potpada pod domen građanskog i privrednog prava, nužnim se pokazuje pojasniti njegov odnos sa krivičnim propisima, odnosno eventualnom krivičnom odgovornošću izdavaoca mjenice. Ovo iz razloga što se pred sudovima u Bosni i Hercegovini sve češće podižu optužnice koje su zasnovane na izdavanju mjenice bez pokrića. Izdavanje mjenice bez pokrića kao krivično djelo je propisano članom 277. stav 2. Krivičnog zakonika Republike Srpske[2] (u daljem tekstu: KZRS).

U Federaciji BiH ne postoji ova inkriminacija, ali se izdavanje mjenice bez pokrića najčešće podvodi pod krivično djelo prevare iz člana 294. i krivično djelo

Danijela Radonić, sekretar Višeg privrednog suda u Banjoj Luci.

[1] "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 32/01; Službene novine FBIH, broj 32/00, 28/03.

[2] "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 64/17.

prevare u privrednom poslovanju iz člana 251. stav 3. u vezi sa stavom 1. Krivičnog zakona FBiH.[3]

Isto djelo je propisano i Krivičnim zakonom Brčko Distrikta BIH.[4]

U zemljama u okruženju (Republika Srbija, Republika Hrvatska) izdavanje mjenice bez pokrića nije propisano kao posebno krivično djelo.

Izdavanje mjenice bez pokrića nema uporište u mjeničnom pravu i nespojivo je sa pravnom prirodom mjenice.

KRIVIČNO-PRAVNI OKVIR IZDAVANJA MJENICE BEZ POKRIĆA

U pozitivnom krivičnom pravu u Bosni i Hercegovini su prisutna dva modaliteta inkriminacije kada je u pitanju krivična odgovornost zbog izdavanja mjenice. Prvi je izdavanje mjenice bez pokrića kako je to propisano u Republici Srpskoj. U Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine zloupotrebe u poslovanju sa mjenicom se podvode pod krivično djelo prevare i krivično djelo prijevare u privrednom poslovanju.

Dispozicijom krivične norme iz člana 277. stav 1. KZRS, na prvi pogled je razdvojeno izdavanje čeka bez pokrića od mjenice, odnosno drugih sredstava plaćanja. Ko u namjeri da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist izda ili stavi u promet ček za koji zna da nema pokriće, pa time pribavi imovinsku korist u iznosu koji prelazi 1.000 KM, kaznićе se novčanom kaznom i kaznom zatvora do tri godine. Stavom 2. istog člana propisano je da će se kaznom iz stava 1. ovog člana kazniti i ko u namjeri da sebi ili drugom pribavi imovinsku korist, izda, stavi u promet ili koristi akceptni nalog, mjenicu, garanciju, kreditnu ili platnu karticu ili kakvo drugo sredstvo plaćanja ili obezbjeđenja plaćanja, iako zna da za to nema pokrića i time pribavi imovinsku korist u iznosu koji prelazi 1.000 KM. Zbog propisivanja iste zaprijećene kazne, može se zaključiti da je namjera zakonodavca da na isti način kazni protivpravno i nedozvoljeno ponašanje koje je slično. U praksi se uočava da se mjenica bez pokrića uglavnom poisto-

[3] "Službene novine FBIH", broj 36/03, 37/03, 21/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17.

[4] "Službeni glasnik Brčko Distrikta", broj 33/2013.

vjećuje sa čekom bez pokrića, iako su ta dva pojma različita ali i odvojeno propisana krivičnim normama.

Kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela određen je stavom 3. istog člana. Ako je ovim djelima pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi 10.000 KM, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina, a ako taj iznos prelazi 50.000 KM, kazniće se kaznom zatvora od dvije do deset godina.

Objekat zaštite je bezgotovinski platni promet, a objekat napada je ček kao sredstvo za odvijanje ovog prometa. Radnja izvršenja je dvojako alternativno određena kao: a) izdavanje – popunjavanje sadržine i b) stavljanje u promet – podnošenje na naplatu.[5]

Stav 1. ovog člana nije sporan iz više razloga:

– Nakon reforme platnog prometa iz 2001. godine čekovi nisu u široj upotrebi, a postaju tehnološki prevaziđeni uvođenjem platnih kartica i drugih instrumenata bezgotovinskog plaćanja (internet i mobilno bankarstvo);

– Ček predstavlja (samo) sredstvo plaćanja, prema članu 2. Zakona o čeku[6];

– Ček se plaća (isključivo) po viđenju, saglasno članu 14. tog Zakona;

– Izdavanje čeka bez pokrića predstavlja prekršaj, prema članu 29. Zakona (RS). U FBIH nije predviđeno kao prekršaj nakon izmjena Zakona iz 2015. godine.

– Ako je djelo predviđeno kao prekršaj nema smetnji da se propiše i kao krivično djelo.

Međutim, sporan je stav 2. tog člana u dijelu koji se odnosi na mjenicu i akceptni nalog. Osnovano se postavlja i pitanje opravdanosti ove zaštite. Akceptni nalog nije u upotrebi od 2001. godine kada je izvršena sistemska reforma unutrašnjeg platnog prometa stupanjem na snagu Zakona o finansijskom poslovanju[7] (u daljem tekstu: ZFP) i Zakona o platnim transakcijama[8] (u daljem tekstu: ZPT). Nalog za plaćanje (kao zamjena za akceptni nalog) uređen je ZPT. Jedna od novina uvedenih ovim propisima je da povjerilac može ugovoriti da mu dužnik preda mjenicu, ček, bankarsku garanciju ili da plaćanje obezbijedi na drugi način u

[5] D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Službeni glasnik, Banja Luka, 2018., str. 507.

[6] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 32/01; "Službene novine FBIH", broj 32/2000, 77/15.

[7] "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 12/01, član 12.

[8] "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 12/01, član 38.

skladu sa zakonom.[9] U istom periodu stupili su na snagu entitetski zakoni o mjenici i čeku i to je, zajedno sa ukidanjem akceptnog naloga, stvorilo pretpostavku za masovniju upotrebu mjenice.

ZM ne propisuje obavezu pokrića u momentu izdavanja mjenice. ZM je *lex specialis* koji uređuje formu i sadržaj mjenice te poslovanje sa mjenicom.[10] Pojam "Odgovarajuće pokriće" označava dovoljan iznos raspoloživih sredstava za izvršenje naloga za plaćanje iz kojih se izvršavaju nalozi za plaćanje.[11] Međutim, isti pojam se odnosi isključivo na naloge za plaćanje koji se primjenjuju prema ovom propisu i ne odnosi se na mjenicu. Drugi propisi koji uređuju finansijsko poslovanje ne propisuju pojam pokrića. Pored toga, pokriće treba razlikovati od (novčanih) sredstava jer su ti pojmovi jasno razgraničeni definicijama iz člana 2. ZPT.

Nesporno je da ček ne može biti izdat bez pokrića i da suprotno izdavanje mora biti podvrgnuto krivičnom sankcionisanju. Posljedično ovoj tvrdnji izdavanje čeka bez pokrića predstavlja krivično djelo (KZ F BIH,čl. 271, *Zloupotreba čeka i kartice*) dok izdavanje mjenice bez pokrića ne predstavlja krivično djelo.[12] Iako slični, ček i mjenica imaju određene razlike o kojima će još biti riječi.

U Krivičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine[13] (u daljem tekstu: KZ FBIH) i Krivičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine[14] (u daljem tekstu: KZ BD) izvršeno je razdvajanje čeka i mjenice. Tako je zaštitna funkcija kod čeka izražena u opisu djela Zloupotreba čeka i kartice iz člana 271. KZ FBIH odnosno člana 266. KZ BD. U Federaciji BIH i Brčko Distriktu se izdavanje mjenice bez pokrića podvodi pod krivično djelo Prijevare iz člana 294. KZ FBIH i člana 288. KZ BD.Ako je izdavalac pravno lice, ovo djelo se podvodi pod krivično djelo Prijevare u privrednom poslovanju iz člana 251. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBIH i krevara u privrednom poslovanju iz člana 245. KZ BD. U zakonskom opisu kaznenog djela prijevare (čl. 224 KZ-a) nije izričito navedena mjenica, pa ni neki drugi vrijednosni papir, ali mjenica dolazi u obzir kao sredstvo počinjenja toga kaznenog djela.

---

[9] ZFP, član 11.

[10] ZM, član 1.

[11] ZPT, član 2.

[12] V. Trivun, Mjenica, Ekonomski fakultet, Sarajevo, 2015, str. 59.

[13] "Službene novine FBIH", broj 36/03, 37/03, 21/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17.

[14] "Službeni glasnik Brčko Distrikta", broj 33/2013 – prečiščen tekst, 26/16, 13/17.

Naime, prijevaru čini onaj tko s ciljem da sebi ili drugome pribavi protivpravnu imovunsku korist dovede drugoga lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica u zabludu, ili ga održava u zabludi, i time ga navede da na štetu svoje ili tuđe imovine nešto učini ili ne učini (pa se kažnjava novčano ili zatvorski do tri godine, a za kvalificirani oblik prijevare – zatvorski od šest mjeseci do pet godina). U okviru ovakvog opisa, u kontekstu lažnog prikazivanja ili prikrivanja činjenica, može se naći i mjenica, ali je za ostvarenje kaznenog djela potrebno da postoji dovođenje drugog u zabludu i navođenje da nešto učini (npr. isporuči robu ili izvrši uslugu). Nije dovoljno da se samo izda mjenica koja na dan dospjelosti neće imati pokrića.[15]

I kod ove kvalifikacije, sud mora dobro poznavati materijalni propis – Zakon o mjenici, te druge propise koji se supsidijarno primjenjuju na mjenicu. Iz obrazloženja presude Općinskog suda u Kaknju broj 36 0 K 041959 17 K od 22.06.2018. godine može se izvesti zaključak da je sud detaljno obrazložio materijalno pravo u vezi mjenice na čemu je pravilno zasnovao oslobađajuću odluku. "Međutim, činjenični opis djela u optužnici ne sadrži naznaku propisa iz koje proizilazi da prilikom izdavanje mjenice račun firme mora biti aktivan, odnosno da račun firme prilikom izdavanja mjenice ne smije biti blokiran. Budući da činjenični opis djela u optužnici ne sadrži naznaku propisa kojim je određeno da prilikom izdavanje mjenice račun pravnog lica mora biti aktivan, odnosno da račun pravnog lica prilikom izdavanja mjenice ne smije biti blokiran, to sam činjenični opis djela u optužnici ne sadrži činjenice i okolnosti iz kojim proizilazi da su optuženi prilikom izdavanja mjenice počinili prijevaru u privrednom poslovanju iz člana 251. stav 3. u vezi sa stavom 1. i članom 31. KZ FBiH.

Također, iz protesta mjenice ne proizilazi da su optuženi priznali dug prema oštećenom kako to tvrdi tužilaštvo. Naime, članom 29. stav 1. Zakona o izvršnom postupku F BiH je propisano da se izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja određuje i na osnovu vjerodostojne isprave. Stavom 2. istog člana je propisano da je vjerodostojna isprava po ovom zakonu, mjenica i ček sa protestom i povratnim računom ako su potrebni za zasnivanje potraživanja i računi ili izvodi iz poslovnih knjiga za cijenu komunalnih usluga isporuke vode, toplotne energije i odvoz smeća.

[15] M. A. Giunio, Mjenica instrument kreditiranja i naplate nakon ukidanja akceptnog naloga, Informator, Zagreb, 1999, str. 47.

Da bi se pokrenuo izvršni postupak na osnovu vjerodostojne isprave-mjenice, ista se prije prije podnošenja prijedloga za izvršenje mora protestirati (član 70. Zakona o mjenici) iz razloga što se izvršni postupak može pokrenuti samo na osnovu mjenice sa protestom. Iz tog razloga oštećena je dana 18.05.2015. godine izvršila radnju protest mjenica, kako bi mogla pokrenuti izvršni postupak. Nakon što se mjenica protestira stiču se uslovi za podnošenja prijedloga za izvršenje na osnovu vjerodostojne isprave-mjenice sa protestom (član 36. stav 3. Zakona o izvršnom postupku).

Na osnovu takvog prijedloga sud donosi rješenje o izvršenju (član 39. Zakona o izvršnom postupku), na koje rješenje postoji mogućnost izjavljivanja prigovora. Protiv rješenja o izvršenju izvršenik može izjaviti prigovor, te ukoliko rješenje o izvršenju pobija u potpunosti ili samo u dijelu kojim se utvrđuje postojanje potraživanja, prijedlog za izvršenje smatra se tužbom i u tom slučaju sud će postupati po odredbama parničnog postupka (član 50. Zakonu o izvršnom postupku). U ovakvim predmetima, tek nakon okončanja parničnog postupka, postojanje mjeničnog duga i njegova visina se dokazuje pravosnažnom presudom.

Dakle, ne može se uzeti kao dokazana visina štete samo na osnovu mjenice i protesta mjenice u predmetnom slučaju mjenice serije Al-------- na kojoj je upisan iznos za platiti 798.959,03 KM, upravo iz razloga što se radi o vjerodostojnoj ispravi shodno Zakonu o izvršnom postupku, na osnovu koje se može pokrenuti izvršni postupak, u kojem postupku se može prigovorom pobijati visina duga koji je naznačen na mjenici. U konkretnom slučaju da bi tužilaštvo dokazalo postojanje duga i njegovu visinu, bilo je potrebno provesti odgovarajuće vještačenje po vještaku finansijske struke kako bi se utvrdila visina duga (štete) koja je u optužnici navedena u iznosu od 798.959,03 KM. Tužilaštvo, po mišljenju ovog suda, nije dokazalo visinu štete, jer sud visinu štete nije mogao utvrdili samo na osnovu mjenice i protesta mjenice. Ovo iz razloga što se iznos naveden u mjenici kako je to gore već navedeno, može pobijati u izvršnom postupku, a nakon toga i parničnom postupku, a optuženi su u toku postupka osporavali visinu štete."[16]

S obzirom da se društveno opasne delatnosti ispoljavaju u raznim područjima društvenih odnosa regulisanih pravom, to se i u bićima pojedinih krivič-

[16] Presuda Općinskog suda u Kaknju, broj 36 0 K 041959 17 K od 22.06.2018. god.

nih dela srećemo sa pojmovima i institutima iz područja raznih grana prava.[17] Ni mjenica nije izuzetak - kod krivičnih djela koji osnov imaju u poslovanju sa mjenicama potrebno ukazati na neka pravila mjeničnog prava, prvenstveno ona koja se odnose na izdavanje mjenice, pojam pokrića i zaštitu savjesnog povjerioca. Imajući u vidu poistovjećivanje čeka i mjenice treba ukazati na njihov odnos odnosno razlike.

IZDAVANJE MJENICE

Izdavanje mjenice predstavlja prvu mjeničnu radnju. ZM nisu detaljnije propisane radnje izdavaoca/trasanta, a prema teoriji emisije mjenica se smatra izdatom momentom potpisivanja i predaje remitentu. Mjenica se izdaje na propisanom[18] mjeničnom blanketu, ali se može izdati i bez blanketa jer blanket nije propisan kao obavezni element mjenice. Članom 3. ZM propisani su obavezni (bitni) elementi trasirane mjenice. Za razumijevanje pojma pokrića i utvrđivanje eventualne odgovornosti trasanta potrebno je izdvojiti bezuslovni uput, dospjelost, mjenični iznos i potpis trasanta. Pored toga, treba ukazati da se pojam pokrića u mjeničnom pravu odnosi na klauzulu o pokriću koja spada u nebitne elemente.

Pokriće u mjeničnom pravu predstavlja naknadu koja pripada trasatu poslije isplate mjenične svote.[19] Klauzula o pokriću označava se riječima "i stavite istu u račun..." i sadržana je u mjeničnom slogu. Radi se o klauzuli građansko-pravne prirode između trasanta i trasata i ona ne utiče na prava mjeničnog povjerioca. Pokriće može poticati iz neposrednog odnosa pokrića kao što su:

– trasant može imati potraživanje prema trasatu, u kojem slučaju trasat ima pokriće u trasantovom potraživanju prema njemu; ili

– trasat može trasantu odobriti kredit/zajam, u kojem slučaju će se mjenica isplatiti na teret tog kredita.

[17] N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, Krivično pravo Jugoslavije opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1996, str. 14.

[18] Pravilnik o obrascu mjenice i naknadi za posredovanje, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 55/01, 87/05, 116/08 и 33/09; "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", broj 46/2000, 7/01, 97/07.

[19] V. Trivun, Mjenica, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2015, str. 162.

Da bi trasat akceptirao menicu potrebno je da je primio vrednost iz koje će izvršiti isplatu menice o roku, ili da je siguran da će tu vrednost primiti do roka menice. Ta vrednost se naziva menično pokriće.[20] Ako u momentu podnošenja na akcept trasat nije obezbijedio pokriće, može odbiti akceptiranje u tom momentu i zatražiti da mu se mjenica podnese ponovo na akcept u tzv. deliberacionom roku.

Bezuslovni uput kod trasirane mjenice označava se riječju "platite", a ovim uputom trasant daje nalog trasatu da isplati mjenicu. Da bi trasat prihvatio isplatu obaveze potrebno je da mjenicu akceptira. Iako to nije obavezno, uobičajeno je da akceptiranju mjenice prethodi posao ili ugovor o odnosu trasanta i trasata zbog kojeg trasat prihvata obavezu isplate duga.

Dospjelost se određuje na jedan od načina propisanih članom 34. ZM. Da bi mjenica bila važeća, dospjelost mora biti označena: po viđenju; na određeno vreme po viđenju; na određeno vreme od dana izdavanja; na određeni dan.

Ako na mjenici ne bude označena dospjelost, ista će se smatrati mjenicom po viđenju, saglasno pravilima iz člana 4. stav 2. odnosno 112. stav 2. ZM (RS), odnosno 107. stav 2. ZM (FBIH). Označenje dospjelosti treba da bude određeno od strane trasanta kao i svi bitni mjenični elementi.

Mjenični iznos se uvijek izražava u novcu i to u valuti koja je zvanično sredstvo plaćanja u mjestu plaćanja. Izuzetak od domicilne valute predstavlja klauzula o efektivnosti, kojom trasat označava da mjenicu treba isplatiti isključivo u određenoj valuti. Iskazuje se riječima "platite 20.000 € efektivnih". Pravila o novčanoj valuti su sadržana u članu 42. ZM, i ako nije naznačena ova klauzula, isplata će se izvršiti u valuti mjesta plaćanja.

Potpis trasanta/izdavaoca mjenice istovremeno znači i potpisivanje i navođenje imena i prezimena, odnosno naziva trasanta. Potpis treba biti svojeručan, te nije dozvoljeno korištenje faksimila. Trasant može mjenicu izdati putem punomoćnika koji stavlja svoj potpis uz naznaku svojstva. Lice koje izdaje mjenicu mora imati sposobnost da bude mjenični dužnik te u momentu izdavanja mora imati poslovnu sposobnost.

Izdavanje mjenice je uži pojam od pojma mjeničnog obavezivanja, ali treba naglasiti da se menično može obavezati svako lice koje se prema propisima

[20] D. Velizarić, Priručnik za primenu propisa o menici i čeku, II izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1970, str. 50.

građanskog ili privrednog zakonodavstva može ugovorom obavezati.[21] Time je isključena obaveza postojanja pokrića izdavaoca mjenice u momentu izdavanja.

Iako trasant/izdavalac samostalno izdaje mjenicu njegova odgovornost nije samostalna. Svi oni koji su menicu trasirali, akceptirali, indosirali ili avalirali odgovaraju solidarno imaocu menice.[22] Glavni mjenični dužnici (akceptant trasirane mjenice i izdavalac vlastite mjenice) odgovaraju bezuslovno. Regresni mjenični dužnici odgovaraju uslovno ili supsidijarno – ako obavezu ne ispuni glavni dužnik.

Odgovornost trasanta trasirane mjenice i izdavaoca sopstvene mjenice proizilazi iz razlike pojma bezuslovni uput i bezuslovno obećanje, što predstavlja glavnu suštinsku razliku između ove dvije vrste mjenica. Kod trasirane mjenice, trasant daje uput trećem licu – trasatu da plati mjeničnu obavezu. Prema članu 12. ZM, trasant odgovara da će mjenica biti akceptirana i isplaćena, i ne može se osloboditi od odgovornosti za isplatu. U momentu izdavanja ne mora imati pokriće prema trasatu, jer je trasat može zahtevati da mu se menica podnese na akceptiranje još jedanput sutradan posle prvog podnošenja na akceptiranje.[23]

Shodno tome, mjenično pokriće ne mora postojati u momentu izdavanja mjenice, niti mora postojati kasnije. Trasat slobodno disponira ovlaštenjem za akceptiranje mjenice jer on može da istu akceptira i kad nije motivisan ekonomskim razlozima, a može akceptirati i samo dio mjeničnog iznosa. Sa druge strane, izdavalac vlastite mjenice daje bezuslovno obećanje da će isplatiti mjenicu. Izdavalac sopstvene menice odgovara onako kako odgovara akceptant trasirane menice.[24] Ipak, kod sopstvene mjenice nema trasata/akceptanta što isključuje postojanje mjeničnog pokrića.

Mjenična pravila se primjenjuju i na blanko mjenicu. Pravila izdavanja i oblik blanko mjenice propisani međunarodnim konvencijama, ali da su pojedine zemlje odbile da ozakone blanko mjenicu zbog zloupotreba koje bi ona omogućila. Ipak, u našem pravu je dozvoljena i može se konstatovati da je izdavanje blanko mjenice najraširenijі oblik izdavanja mjenice na području Bosne i Hercegovi-

[21] ZM (RS), član 103.; ZM (FBIH), član 98.

[22] ZM, član 48. stav 1.

[23] ZM, član 25. stav 1.

[24] ZM, član 114. stav 1.

ne[25]. Blanko mjenica nije posebno uređena ZM, o njoj posredno govori samo član 18. stav 2. ZM. Menica, u smislu ZM predstavlja sredstvo plaćanja i instrument obezbeđenja plaćanja.[26] Blanko mjenica se uvijek izdaje kao instrument obezbjeđenja plaćanja, a može da postane i sredstvo plaćanja. U svrhu obezbjeđenja potraživanja dužnik predaje povjeriocu (jednu ili više) mjenicu sa ovlaštenjem da povjerilac izvrši naplatu potraživanja realizacijom mjenice, ukoliko on ne vrati dug (djelimično ili u cjelosti).[27]

Instrument obezbjeđenja plaćanja garantuje naplatu potraživanja na brži način. Prije svega, povjerilac može potraživanje da naplati podnošenjem mjenice banci dužnika – pravnog lica ili preduzetnika radi plaćanja sa računa. Ukoliko dužnik nije likvidan, odnosno nema dovoljno sredstava za isplatu cjelokupne mjenične svote, povjerilac može da pokrene izvršni postupak na osnovu mjenice kao vjerodostojne isprave. Članom 29. stav 2. Zakona o izvršnom postupku[28] odnosno člana 33. stav 2. Zakona o izvršnom postupku[29] propisano je da je vjerodostojna isprava, između ostalog, mjenica i ček sa protestom i povratnim računom ako su potrebni za zasnivanje potraživanja.

Mjenica je sredstvo plaćanja kada je povjerilac indosira mjenicu svom povjeriocu. Međutim, vjerovnik može upotrijebiti bjanko mjenicu koja nije dospjela, ali koja je potpisana od strane dužnika, avalista ili indosanta, da izvrši plaćanje svom vjerovniku indosiranjem bjanko mjenice na svog vjerovnika (mjenica kao sredstvo plaćanja).[30] Ipak izdavanje blanko mjenice se najčešće vrši radi obezbjeđenja plaćanja što ukazuje da nije potrebno postojanje pokrića u momentu izdavanja. Eventualno, u momentu dospjelosti bi trebalo da dužnik ima dovoljno sredstava da isplati mjenicu, ali ni to nije obavezno jer prema ZM imalac mjenice treba da preduzme određene (tzv. diligentne) radnje kako bi očuvao svoja mjenična prava.

---

[25] D. Radonić, Komentar Zakona o mjenici Republike Srpske, Atlantik bb, Banja Luka, 2014., str. 38.

[26] ZM, član 1.

[27] D. Radonić, D. Čavka, Mjenica kao instrument obezbjeđenja kredita, časopis Advokatura, broj 21, 2018, str. 14

[28] "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 59/03,85/03,64/05,118/07,29/10,57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 66/18; "Službene novine FBIH", broj 32/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16.

[29] "Službeni glasnik Brčko Distrikta", broj 39/13, 47/17.

[30] Š. Ivanjko, Opasnosti u poslovanju sa bjanko mjenicama, http://zavarovanje-osiguranje.eu/wp-content/uploads/2016/05/Bjanko-mjenica.pdf, *datum pristupa 05. juni 2018. god.*

Blanko mjenica u momentu izdavanja sadrži najmanje potpis izdavaoca/ trasanta, a prije predaje povjeriocu može biti osnažena potpisima jednog ili više avalista.

Kod blanko mjenice pitanje dospjelosti se smatra jednim od najznačajnijih elemenata (zbog iznosa duga, zateznih kamata, nastupanja zastarjelosti). Saglasno mjeničnom ovlaštenju, povjerilac je najčešće ovlašten da sam odredi i upiše dospijeće i da na dan dospijeća ili jednog od dva radna dana koji dolaze odmah za njim dužniku prezentuje mjenicu i zahtijeva plaćanje. U momentu izdavanja blanko mjenice se ne zna da li će ona dospjeti na plaćanje i u kojem iznosu, to zavisi od finansijske discipline dužnika odnosno da li uspješno servisira obaveze iz osnovnog posla zbog kojeg je mjenica izdata. Kod činjenice da povjerilac određuje datum dospijeća, izdavaocu mjenice ne može se staviti na teret nedostatak pokrića u momentu dospijeća. Osim toga, povjeriocu stoji na raspolaganju sudska zaštita propisana ZM, Zakonom o obligacionim odnosima te procesnim zakonima.

MODALITETI PRAVNE ZAŠTITE MJENIČNOG POVJERIOCA

Savjesnost povjerioca je uslov za ostvarivanje mjeničnih prava kod trasirane i vlastite mjenice, dok kod blanko mjenice to proizilazi iz člana 18. stav 2. ZM. Radi prinudne naplate potraživanja povjerilac ima više mogućnosti. Već smo pomenuli pokretanje izvršnog postupka na osnovu mjenice kao vjerodostojne isprave. I ovdje treba ukazati na različite stavove entitetskih vrhovnih sudova. U praksi se svojevremeno nametnulo pitanje da li je mjenica koja je snadbjevena klauzulom "bez protesta" vjerodostojna isprava, i time da li je podobna isprava za pokretanje izvršnog postupka. I danas stavovi sudova u BIH nisu usaglašeni po tom pitanju.

Vrhovni sud Federacije BIH je 05. decembra 2016. godine donio odluku broj 22 01 031405 16 Spp kojom je izraženo pravno shvatanje "Mjenica, koja nije protestirana iako sadrži klauzulu "Bez protesta" ne smatra se vjerodostojnom ispravom."[31] Iz obrazoženja proizilazi da je sud ovo shvatanje zauzeo polazeći od

[31] Vrhovni sud Federacije BIH, odluka broj 22 01 031405 16 Spp od 05. decembra 2016. godine, https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=37360 , datum pristupa 10.12.2016. god.

toga da je smisao i cilj protesta da se imaocu mjenice omogući da u izvršnom postupku potraživanja namiri ne samo od glavnog dužnika već i od ostalih regresnih-mjeničnih dužnika, a pri tom u ima u vidu da "kauzula bez protesta" različito djeluje, zavisno ko ju je unio i da bi to upravo moglo da stvara zabunu i nedoumice u postupku izvršenja, stav ovog suda je da se mjenica sa klauzulom bez protesta ne može smatrati vjeodostojnom ispravom u smislu važećih odredaba ZIP-a."

Vrhovni sud Republike Srpske ne dijeli takav stav – godinama je važeći stav da je mjenica sa klauzulom "bez protesta" vjerodostojna isprava.[32]

Ako dužnik uloži prigovor, prijedlog za izvršenje se smatra tužbom, a izvršenje se odgađa do okončanja parnice, prema članu 50. ZIP.

Drugi način ostvarivanja naplate potraživanja po mjenici su mjenične tužbe. Njih karakteriše i olakšan postupak dokazivanja jer sva prava i obaveze proizlaze iz mjeničnog pismena i relevantne su samo odredbe ZM, dok odredbe drugih materijalno-pravnih propisa nisu od uticaja na rješavanje spora.

Naplata mjeničnog potraživanja je razlog podnošenja ovih tužbi. Ipak ni ZM ni Zakon o parničnom postupku posebno ne uređuju ovu vrstu tužbi, za razliku od tužbe za izdavanje platnog naloga koja se podnosila prema članu 446. Zakona o parničnom postupku.[33]

Mjenične tužbe su kondemnatorne tužbe jer se dužnik obavezuje na plaćanje mjeničnog duga. U teoriji se razlikuju: redovne i regresne mjenične tužbe, ostale mjenične tužbe (tužba za povrat mjenice, tužbe zbog neosnovanog obogaćenja i tužbe za naknadu štete).

Tužba zbog neosnovanog obogaćenja je djelimično uređena ZM, a supsidijarno se primjenjuju propisi o obligacionim odnosima. Trasant, akceptant i indosant, čije su se menične obaveze ugasile usled zastarelosti ili usled toga što su propuštene radnje propisane radi održanja meničnih prava, odgovaraju imaocu menice, ako su se na njegovu štetu neopravdano obogatili. Ostali menični obve-

[32] Različito shvatanje entitetskih vrhovnih sudova je bilo razmatrano na edukaciji u Trebinju, 18. i 19. maja 2017. godine - Okrugli sto: Ujednačavanje sudske prakse u BiH – građanski panel, ali nije zauzet jedinstven stav nakon diskusije, http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2017/49-18-195trebinje-usaglaavanje-sudske-prakse-u-bih-graanski-panel , datum pristupa 09.10.2017. god.

[33] Zakon o parničnom postupku ,"Službeni list SFRJ", broj 4/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 27/90, i 35/91, te "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 17/93, 14/94 i 32/94.

znici oslobođeni su ove odgovornosti.[34] Iz toga proizilazi da se tužba zbog neosnovanog obogaćenja može podnijeti samo protiv glavnih mjeničnih dužnika, te možemo zaključiti da i ova vrsta tužbi indirektno služi za naplatu mjeničnog potraživanja. Ipak, njena svrha je da savjesni mjenični povjerilac ne izgubi prava iz mjenice zbog propuštanja rokova za preduzimanje obaveznih mjeničnih radnji ili nastupanja zastarjelosti.

Ova tužba se razlikuje od tužbe za naplatu mjeničnog potraživanja jer će tuženi koji se neosnovano obogatio odgovarati samo za iznos za koji se obogatio a ne za mjenični iznos.

Nezavisno od mjeničnih tužbi, povjerilac ima mogućnost da podnese tužbu iz osnovnog posla. Mjenica se, u pravilu izdaje, radi obezbjeđenja nekog drugog pravnog posla (ugovor o kreditu, prodaji i sl.). Kada se izda mjenica ona postaje nezavisna od osnovnog posla zbog kojeg je izdata i upravo na tome se zasnivaju mjenične tužbe. Usaglašeni stavovi sudske prakse su da povjerilac može disponirati koju vrstu tužbe će podnijeti, s tim da ne može u isto vrijeme podnijeti i mjeničnu tužbu i tužbu iz osnovnog posla.

Već smo pomenuli da se, nakon prigovora, izvršni postupak na osnovu mjenice kao vjerodostojne isprave odlaže do okončanja parnice. Tada povjerilac treba tužbu da uredi u skladu sa članom 53. ZPP jer prijedlog za izvršenje koji se smatra tužbom nema sve obavezne elemente tužbe. U tom momentu povjerilac može tužbu urediti na način da traži naplatu duga iz osnovnog posla a ne na osnovu mjenice. Time se iz materije mjeničnog prava predmet spora usmjerava na materiju obligacionog prava, što će u pravilu povjerilac učiniti kada nije siguran u formalnu ili sadržinsku ispravnost mjenice.

ODNOS ČEKA I MJENICE

Ček i mjenica imaju brojne sličnosti zbog čega se često poistovjećuju. Zakonskom uređenju ovih instituta prethodile su međunarodne kodifikacije, tj. tri Ženevske konvencije o mjenici iz 1930. godine. Iako nije predmet masovnijeg izučavanja u teoriji, i uređenju čeka su prethodile tri Ženevske konvencije o čeku iz 1931. godine.

[34] ZM, član 87.

Zajedničko čeku i mjenici je to što su hartije od vrijednosti koje glase na novac. Tu nastaje prva suštinska razlika jer je ček instrument bezgotovinskog plaćanja.To ga čini zamjenom za novac. Već smo pomenuli da je mjenica instrument obezbjeđenja plaćanja i sredstvo plaćanja. Za razliku od mjenice, kod čeka nema zatezne kamate, akceptiranja, uvijek dospijeva po viđenju i glasi na donosioca, rokovi podnošenja[35] na isplatu su izuzetno kratki, kod čeka je moguć opoziv naloga, trasat kod čeka je isključivo poslovna banka. Remitent i označenje dospjelosti ne spadaju u bitne elemente čeka, za razliku od obaveznih (bitnih) elemenata mjenice.

U Republici Srpskoj izdavanje čeka je propisano kao prekršaj za koji se može izreći novčana kazna od 3.000 KM do 17.000 KM preduzeću ili pravnom licu koje kao trasant čeka izda ček za koji nema uopšte ili nema dovoljno pokrića, a propisane su kazne za odgovorno lice u pravnom licu i fizičko lice.[36] Ista kazna je propisana i za pravno lice koje kao trasant čeka i ako je znalo da ček ne može punovažno opozvati, tako raspolaže pokrićem da onemogući isplatu čeka (član 18). U slučaju iz stava 1. ovog člana trasant je dužan imaocu čeka nadoknaditi štetu (član 7).

Entitetskim zakonima o mjenici nisu predviđene kazne za prekršaj, tj. poslovanje sa mjenicom ne podliježe prekršajnoj odgovornosti.

Zakon o čeku se većim dijelom referencira na odredbe ZM te se članovima 26. i 27. Zakona o čeku taksativno navode odredbe ZM koje se primjenjuju na ček.

Suprotno tome, u ZM nije propisano da se eventualno na mjenicu primjenjuju odredbe Zakona o čeku. To je jedan od razloga zbog kojeg se izdavanje bez pokrića ne može primjeniti na mjenicu. Pored toga, ZM ne sadrži prekršajne odredbe, te samim tim nije prihvatljivo propisivanje krivičnih djela vezanih za poslovanje sa mjenicom, tj. posebno krivično djelo izdavanje "mjenice bez pokrića".

ZAKLJUČAK

Poslovanje sa mjenicom primarno uređuje Zakon o menici kao *lex specialis*. ZM ne propisuje postojanje pokrića u momentu izdavanja mjenice, za razliku od

[35] Više o tome: Zakon o čeku, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 32/01, član 15.

[36] Zakon o čeku, član 29.

čeka. Pored toga, pojam mjenično pokriće označava odnos trasanta i trasata kod trasirane mjenice, dok kod vlastite mjenice nema ove mjenične klauzule jer se izdavalac sam obavezuje da će izvršiti plaćanje mjenice o dospjelosti. Kod trasirane mjenice, mjeničnu obavezu isplaćuje trasat/akceptant te je isključena odgovornost trasanta kao izdavaoca mjenice za izdavanje "bez pokrića".

S druge strane, pojam odgovarajuće pokriće je uređen propisima koji uređuju platni promet i platne transakcije. Taj pojam označava postojanje dovoljnog iznosa novčanih sredstava za izmirenje naloga za plaćanje.

Mjenica se najčešće izdaje blanko radi obezbjeđenja plaćanja iz nekog osnovnog posla. Međutim jednom izdata, ona se odvaja od tog posla i postaje nezavisna od istog.

Postojanje krivičnog djela izdavanja mjenice bez pokrića je prevaziđeno u većini pravnih sistema koji su nastali disolucijom bivše SFRJ. Ovo krivično djelo je zadržano samo u Crnoj Gori i to kao djelo izdavanje čeka i sredstava bezgotovinskog plaćanja bez pokrića[37] dok se u Srbiji[38] i Hrvatskoj[39] zloupotrebe sa mjenicom podvode pod krivično djelo prevare, odnosno prevare u privrednom poslovanju. Inkriminacija čeka je ostala jer postoji opravdanost krivično-pravne zaštite. Uvedena je zaštita poslovanja sa platnim karticama odnosno drugim instrumentima bezgotovinskog plaćanja.

Mjenica nije samo instrument bezgotovinskog plaćanja, ona je vjerodostojna isprava na osnovu koje se može pokrenuti izvršni postupak. U izvršnom postupku moguće je izvršenje provesti na cjelokupnoj imovini dužnika, od koje su sredstva na transakcionom računu kod poslovne banke samo jedan predmet izvršenja. Ako se vratimo na plaćanje kao krajnju svrhu izdavanja mjenice, uočićemo da se plaćanje osim u novcu može izvršiti i na druge načine u skladu sa ZOO (kompenzacija, asignacija).

Mjenična obaveza spada u tražljive i dužnik ne mora imati pokriće sve do momenta kada ga povjerilac o dospjelosti pozove na plaćanje. Tada je moguća i djelimična isplata mjenice, a za preostali dio duga povjerilac je u obavezi da pre-

[37] Krivični zakonik Crne Gore, "Službeni list RCG", broj 70/ 2003, 13/04, 47/06, "Službeni list CG", broj 40/2008, 25/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13, 42/15, 58/15, 44/17, član 263.

[38] Krivični zakonik, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 85/2005, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

[39] Kazneni zakon - pročišćeni tekst zakona, "Narodne novine", broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17.

duzme obavezne radnje za očuvanje svojih prava (prezentacija i protest mjenice). Ako povjerilac ne uspije naplatu izvršiti u momentu prezentacije ili protesta, odnosno ako ne pokrene izvršni postupak na osnovu mjenice kao vjerodostojne isprave ili mjeničnu tužbu uvijek ima na raspolaganju ovlaštenje da podnese tužbu zbog neosnovanog obogaćenja ili tužbu iz osnovnog posla zbog kojeg je mjenica izdata. Stoga nema opravdanja ni zaštita povjerioca dosuđivanjem imovinsko-pravnog zahtjeva u krivičnom postupku po osnovu osuđujuće presude za izdavanje mjenice bez pokrića. Ovo posebno treba posmatrati u odnosu na kratkoću mjeničnih rokova zastarjelosti odnosno zastarjelost potraživanja iz osnovnog posla, jer je zastarjelost krivičnog gonjenja[40] znatno duža te bi se kroz dosuđivanje imovinsko-pravnog zahtjeva vršila zloupotreba prava.

U Bosni i Hercegovini treba izvršiti usklađivanje krivične dispozicije sa savremenim tendencijama u okruženju i materijalnim propisom – Zakonom o mjenici. Izdavanje čeka bez pokrića i zloupotrebe u poslovanju sa platnim karticama trebaju biti uređene KZ. U Republici Srpskoj bi novelom trebalo brisati akceptni nalog i mjenicu iz bića krivičnog djela iz člana 277. KZRS zbog sljedećih razloga: akceptni nalog jer je ukinut još 2001. godine, mjenica ne treba imati pokriće u momentu izdavanja. Ako se ne isplati u momentu dospjeća, povjerilac ima na raspolaganju više modaliteta za prinudnu naplatu mjenice.

Zaštita bezgotovinskog prometa se ne odnosi na mjenicu, jer ona nije (samo) sredstvo bezgotovinskog plaćanja, ona je i vjerodostojna isprava na osnovu koje se može uspješno sprovesti izvršenje na cjelokupnoj imovini dužnika (nekretnine, pokretne stvari, akcije, udjeli i sl.).

Treba naglasiti da se podvođenje mjenice izdate bez pokrića pod krivično djelo prevare odnosno prevare u privrednom poslovanju mora cijeniti sa aspekta namjere da se drugi dovede u zabludu i navede da nešto učini. I savjesnost druge strane ima cijeniti od slučaja do slučaja, odnosno povjerilac mora poslovati sa pažnjom dobrog privrednika. Stoga je za utvrđivanje odgovornosti odlučujuća činjenica da li je povjerilac posvetio dužnu pažnju prethodnom ispitivanju boniteta dužnika – uvidom u status računa dužnika putem izvoda iz Jedinstvenog registra transakcionih računa koji vodi Centralna banka BiH.

[40] Više o rokovima zastarjelosti za ova djela, KZRS, član 95.

DANIJELA RADONIĆ
Secretary of the Commercial court
in Banja Luka

MENICA ISSUED "WITHOUT COVER" AS THE BASIC OF CRIMINAL RESPONSIBILITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

A bill of exchange serves primarily as a means of securing payments, which is why its nature is incompatible with the requirement of cash cover at the time of its issuance. Therefore, issuing a bill of exchange without cover cannot be the basis of the issuer's criminal liability.

The countries in the region have abandoned the concept of punishment for the issuance of a bill of exchange without cover as a special criminal offense, with the exception of Montenegro.

A bill of exchange does not fall under the protection of non-cash transactions, because it is not (only) a non-cash payment instrument; it is also a credible document on the basis of which successful execution of the debtor's entire property can be carried out and receivables collected. This entails the need to amend the criminal disposition contained in Article 277 of the Criminal Code of the Republic of Srpska in the manner of deletion of the acceptance order and bill of exchange. At the same time, it indirectly points to the necessity of a good knowledge of the material regulations when evaluating a bill of exchange without cover as a feature of the criminal offense of fraud or fraud in the commercial business operations in the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Brčko District of Bosnia and Herzegovina.

MIROSLAV MILOSAVLJEVIĆ,
JELENA MILOSAVLJEVIĆ

ČEK – POJEDINAČNA I FORMALNA HARTIJA OD VREDNOSTI

U V O D

U svetu postoje različiti modifikovani nazivi za ček, koji potiču od engleske reči *to check*, što znači utvrditi, zaustaviti, kontrolisati, plaćati, zahtevati račun. U Francuskoj ček se zove *cheque*, u Engleskoj *check*, u Nemačkoj *scheck*, u Italiji *assegno bancario*, u Španiji *mandato di pago* itd. Pojedini autori smatraju da reč ček vuče korene od francuske reči *echec*, što znači državna riznica i šah.[1]

Značaj čeka, kao hartije od vrednosti, je veliki imajući u vidu njegovu čestu upotrebu i funkciju koju ima. Ček se smatra drugom najvažnijom hartijom od vrednosti u savremenom međunarodnom platnom prometu.[2]

Osnovna funkcija čeka jeste da se upotrebljava kao *sredstvo plaćanja* i zato pojedini autori smatraju da ček sve više postaje surogat novcu.[3] U savremenoj praksi ček se koristi i kao *sredstvo kreditiranja* na taj način što su rokovi prezen-

Dr Miroslav Milosavljević, profesor VUB Istočno Sarajevo- Sokolac, Republika Srpska.
Msr Jelena Milosavljević, Vojvođanska banka a.d. Novi Sad.

[1] Đurović Radomir: *Međunarodno privredno pravo,* Savremena administracija, Beograd 2004. god., str. 460.

[2] Vilus Jelena i dr. : *Međunarodno privredno pravo,* Pravni fakultet Novi Sad 2008, str. 529.

[3] Jankovec Ivica: *Privredno pravo,* JP Službeni list, Beograd 1999. god., str. 722.

tacije čeka na naplatu duži, pošto se kao datum izdavanja upisuje neki kasniji datum a ne stvarni datum izdavanja (postdatira), ili tako što se kod tekućih računa "dozvoljava minus na računu". U suštini navedena "funkcija" ne menja pravnu prirodu čeka čija je osnovna funkcija plaćanje. Ipak, to da se ček koristi kao sredstvo kreditiranja nije u skladu sa Zakonom o čeku u kome je utvrđeno da će se novčanom kaznom kazniti za prekršaj lice koje trasira ček bez datuma ili sa neistinitim datumom izdanja.[4]

Ček može da se koristi kao *sredstvo obezbeđenja plaćanja.* To je slučaj kada je dospeće obaveze za plaćanje iz osnovnog posla kraće od dospeća čeka na naplatu, te ukoliko dužnik ne izvrši svoju obavezu iz osnovnog posla na dogovoreni način, tada će poverilac kome je izdat ček isti prezentovati na naplatu. Ovde se radi o dokumentarnom čeku koji gubi značaj sa pojavom dokumentarnog akreditiva.

Ček je podesno i pouzdano sredstvo plaćanja pošto prilikom njegovog izdavanja mora da postoji pokriće na računu sa koga će se isplatiti čekovna suma, kao i zbog toga što dospeva po viđenju, te trasat može da bude samo bankarska organizacija, a što pogoduje da se izbegne rizik prilikom plaćanja gotovinom, usled krađe, gubitka novca itd. Plaćanjem čekom olakšava se i ubrzava platni promet i izbegava "umrtvljivanje kapitala". Smatra se da plaćanje putem čeka sprečava habanje novca i omogućava duže trajanje novčanica.[5] Čin izdavanja čeka ne predstavlja plaćanje obaveze iz osnovnog posla, s obzirom da se izdavalac čeka ne oslobađa obaveze momentom izdavanja čeka, već se obaveze oslobađa tek posle realizacije (naplate) čeka.[6] Korišćenje čeka nije obavezno, međutim poverilac je dužan da primi ček, kao sredstvo plaćanja, što povećava sigurnost i efikasnost u poslovanju. Ček je hartija od vrednosti koja je tesno povezana sa pojedinim bankarskim poslovima, kao što je tekući račun. Naime, imalac tekućeg računa može da raspolaže novčanim sredstvima na tom računu izdavanjem čeka.[7]

POJAM ČEKA

U našem Zakonu o čeku iz 1946. godine i Ženevskim konvecijama o čeku iz 1931. godine ne postoji definicija čeka. U pravnoj i ekonomskoj teoriji daje se

---

[4] Član 25. Zakona o čeku *Službeni list FNRJ*, 105/46, *Službeni list SFRJ,* 12/65, 50/71, 52/73, *Službeni list* SRJ, 46/96, *Službeni list SCG*, 1/2003.

[5] Bejatović Milorad : *Bankarsko pravo i hartije od vrednosti*, Privredna akademija, Novi Sad 2008.god, str. 226.

[6] Vasiljević Mirko: *Trgovinsko pravo,* Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 2006.god. str. 425.

[7] Jankovec Ivica: *Privredno pravo,* str.721.

mnoštvo definicija čeka, koje su u suštini identične, odnosno u osnovnim elementima se ne razlikuju.[8]

Postoji i više *enciklopedijskih definicija,* od kojih se navodimo neke.

Ček je hartija od vrednosti po naredbi kojom njen izdavalac (trasant) daje nalog drugom licu (trasatu) da korisniku čeka (remitentu) isplati određenu vrstu novca iz trasantovog pokrića.[9]

Ček je vrednosni papir izdan kao pismeni nalog banci (trasatu) da se iz sredstava izdavaoca čeka isplati određena suma donosiocu čeka, ili licu označenom na čeku, ili da se navedena suma sa računa izdavaoca čeka (trasanta) prenese na račun trećeg lica.[10]

U *Leksikonu stranih reči i izraza* navodi se da je ček bankovna uputnica, odnosno isprava kojom lice koje je deponovalo izvesnu sumu novca kod druge ličnosti daje ovoj nalog da isplati nekom trećem licu ili donosiocu svotu koja je na toj ispravi označena.[11]

Udruženje banaka Srbije definiše ček kao hartiju od vrednosti koja je instrument plaćanja i koristi se za plaćanje robe i usluga, podizanje gotovine u bankama ili pošti, odnosno to je pisani nalog sa kojim njegov izdavalac, korisnik tekućeg računa, daje nalog banci da sa njegovog računa isplati navedeni iznos sredstava korisniku čeka.[12]

U navedenim definicijama uočavaju se značajne karakteristike čeka i to: 1. ček je hartija od vrednosti koja predstavlja strogo formalnu ispravu u kojoj je inkorporisano obligaciono pravo; 2. obaveza iz čeka je bezuslovna; 3. ček dospeva po viđenju; 4. isplata se vrši iz trasantovog pokrića koje on ima kod trasata; 5. nije u potpunosti raskinuta veza čeka sa osnovnim poslom, već postoje određeni tragovi kauzalnosti.

---

[8] Vasiljević Mirko: *Trgovinsko pravo,* str. 425; Rajčević Marko: *Poslovno pravo* 1, Pravni fakultet, Baljaluka 2007.god, str. 373; Jankovec Ivica: *Privredno pravo,* str. 721; Carić Slavko: *Privredno pravo,* Fakultetu za ekonomiju i inženjerski menadžment, Novi Sad 2016. god., str. 394; Mišić D: *Čekovno pravo,* Beograd 1931. god, str. 12.

[9] Blagojević Borislav i dr: *Pravna enciklopedija,* Beograd 1985. god, str.195.

[10] Blagojević Borislav i dr.: *Mala prosvetina enciklopedija,* tom 3, Beograd 1986. god, str. 906.

[11] Vujaklija Milan: *Rečnik stranih reči i izraza,* Prosveta, Beograd 1985. god. str.1037.

[12] Sajt Udrženja banaka Srbije: www. ubs-asb.com (2. 9. 2018).

ZNAČAJ I PRAVNA PRIRODA ČEKA

Ček je značajno sredstvo bezgotovinskog plaćanja[13] i iz tog razloga je najčešće u upotrebi u svakodnevnoj poslovnoj praksi, bez obzira što njegova upotreba nije obavezna.[14]

Ček omogućuje brzo i efikasno odvijanje platnog prometa, kako u zemlji tako i u inostranstvu, pre svega zbog toga što nije potrebno da se prikupi velika količina gotovog novca i na taj način se izloži riziku kao što su krađe, oštećenje, uništenje novca i sl. Takođe, plaćanjem čekom ne "umrtvljuje" se velika količina novca, već se ubrzava promet istog.

Značaj čeka ogleda se i u tome što pojačava sigurnost u platnom prometu u odnosu na sigurnost kod drugih poslova privrednog i građanskog prava i to kako sigurnost trasanta – izdavaoca čeka (koji je dužnik iz osnovnog posla) tako i sigurnost remitenta – korisnika čeka (koji je poverilac iz osnovnog posla).[15]

Dužnik je zaštićen pošto ne mora da izvrši svoju obavezu, bez obzira što je njegov dug evidentan, sve dok mu poverilac ne podnese ček na naplatu. Pošto izvrši svoju obavezu, dužnik dobija ček (vraća mu se ček koji je izdao) i koji sada predstavlja dokaz da je izvršio svoju obavezu, dok je poverilac onemogućen da, eventualno, više puta naplati ček.

Poverilac je, takođe, zaštićen s obzirom da poseduje ček i ne mora da dokazuje osnov, tj. pravni posao iz koga je proisteklo izdavanje čeka (njegovo potraživanje), već je dovoljno da podnese ček na naplatu.

Kada je u pitanju pravna priroda čeka, u pravnoj teoriji ne postoji jedinstven stav o ovom problemu.[16]

U osnovi postoje dve teorije i to: 1. da je ček jednostrana izjava trasantove volje; 2. da je ček ugovor između trasanta (izdavaoca) i remitenta (korisnika) čeka.

Postoji i treća teorija sa kojom se objedinjuju prethodne dve teorije. Smatra se da aktivnost trasiranja čeka predstavlja ugovor, dok čin prenosa čeka na treće lice predstavlja jednostrani akt.[17]

---

[13] Timčić Ana: "Normativno uređenje poslova platnog prometa u Republici Srbiji", *Zbornik sa 10. majskog savetovanja pod nazivom "Uslužni poslovi"*, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2014, str. 314.

[14] Gorenc Vilim: *Rječnik trgovačkog prava,* Masmedia, Zagreb 1997. god. str. 48.

[15] Rajčević Marko: *Poslovno pravo* 1, str. 359.

[16] Bejatović Milorad: *Bankarsko pravo i hartije od vrednosti*, str. 225.

[17] Vivante: *Elementidi dirito commerciale*, Milano, 1936: prema Vasiljević Mirko: *Trgovinsko pravo,* str. 426.

Tzv. "ugovornih teorija" ima više, s obzirom da se pravna priroda čeka objašnjava svrstavanjem čeka u određenu vrstu ugovora. Navode se neke i to: teorija ugovora u korist trećeg lica po kojoj trasant i trasat zaključuju ugovor u korist remitenta; teorija ugovora o punomoćju, gde trasant daje ovlašćenje trasatu da remitentu isplati ček; ugovorna teorija cesije (prenosa) potraživanja prema kojoj aktima izdavanja i predajom čeka trasant cedirira (prenosi) svoje pravo potraživanja prema trasatu na remitenta i ugovorna teorija delegacije na osnovu koje trasant delegira remitentu svog dužnika (trasata).

KARAKTERISTIKE ČEKA I ZAJEDNIČKE ODLIKE I RAZLIKE IZMEĐU ČEKA I MENICE

Ček je pojedinačna hartija od vrednosti, za razluku od serijskih hartija (kao što su akcije, obveznice i dr.), te su iz tog razloga opšta pravila hartija od vrednosti podeljena u dve grupe.

Ček, kao i ostale hartije od vrednosti, uz neke specifičnosti, ima određene osobine.

Pre svega, ček je strogo formalna hartija od vrednosti, što podrazumeva da se izdaje u pismenoj (pisanoj) formi koja sadrži zakonom utvrđene obavezne elemente koji moraju postojati u momentu izdavanja čeka, te trasant i remitent ne mogu svojevoljno da ih menjaju ili izostavljaju pošto u protivnom ček neće biti punovažan. Čekovna pravila su veoma stroga, kako prema čekovnim poveriocima tako i prema čekovnim dužnicima. Pored zajedničkih elemenata za sve hartije od vrednosti koji su utvrđeni Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine, data je mogućnost da se posebnim zakonima utvrde specifični obavezni elementi za pojedine hartije od vrednosti. Tako su Zakonom o čeku iz 1946. godine utvrđene određene specifičnosti, koje će biti istaknute u daljem radu.

Sledeća osobina čeka ogleda se u tome što je u čeku inkorporisano (ugrađeno) imovinsko pravo, tj. određeno novčano potraživanje. Ovo ukazuje da je pravo koje se odnosi na ček u tesnoj vezi sa čekom kao hartijom od vrednosti, i da bi se iskoristio (naplatio) novčani iznos koji je upisan na čeku, potrebno je da se na zakonit način poseduje ček. Dakle, pravo iz čeka ne može da se ostvari niti prenese bez čeka.

Ček je *prezentaciona hartija* od vrednosti, što znači da novčani iznos koji je upisan na čeku može da naplati samo lice koje isti podnese radi naplate. Da bi imalac čeka koji je dospeo na naplatu isti i naplatio, neophodno je da zatraži od

dužnika da ovaj izvrši svoju obavezu, što ukazuje da je ček "tražljiva" hartija od vrednosti.

Kod čeka je značajna primena načela *efektnosti* ili *pokrivenosti,* što ukazuje da trasant može izdati ček pod uslovom da ima novčano pokriće kod trasata.[18] U Zakonu o čeku utvrđeno je da će se novčanom kaznom kazniti za prekršaj lice koje kao trasant čeka izda ček za koji nema uopšte ili nema dovoljno pokrića. Ukoliko trasant izda ček bez pokrića, dužan je da imaocu čeka naknadi štetu.[19] U Krivičnom zakoniku Republike Srbije izdavanje čeka bez pokrića je do nedavno bilo predviđeno kao krivično delo.[20]

Kod čeka postoji **f**iksna čekovna obaveza, što znači da se na osnovu čeka može potraživati samo onaj iznos koji je upisan na čeku i ništa drugo.

Ima više zajedničkih odlika (sličnosti) između čeka i menice. Navešće se najznačajnije i suštinske.[21]

Razlike su:

1. menica je sredstvo kreditiranja,[22] dok je ček sredstvo plaćanja, bez obzira što se u poslovnoj praksi, na nedozvoljen način, koristi i kao sredstvo kreditiranja i sredstvo obezbeđenja plaćanja, o čemu je već bilo reči,

2. u Republici Srbiji ček može biti trasiran samo na banku ukoliko je plativ u zemlji, dok menica može biti trasirana na bilo koje lice,

3. prilikom izdavanja čeka mora postojati pokriće za njegovu isplatu pošto je ček sredstvo plaćanja sa kratkim rokom dospeća, dok kod menice to nije slučaj,

4. kod čeka se ne mora naznačiti remitent s obzirom da može da glasi i na donosioca, dok je kod menice to neophodno s obzirom da menica može da glasi samo na ime ili po naredbi, zbog toga je remitent bitan menični element bez koga menica nije važeća i ne proizvodi pravno dejstvo,

---

[18] Jankovec Ivica: "Čekovno pokriće", *Pravo i privreda*, br. 3-4/1996, str. 2.

[19] Član 4. i 26. Zakona.

[20] Krivični zakonik, "*Sl.glasnik RS*", 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009 i 111/2009 čije su izmene i dopune upravo u toku.

[21] Stanković Miodrag: *Poslovno pravo*, Beograd 2008. god. str. 672; Carić Slavko: *Privredno pravo*, str.395.

[22] Menica može biti i sredstvo obezbeđenja plačanja: Manolova-Mitreska Dančе: *Menica kao sredstvo obezbeđenja davaoca kredita, Zbornik sa 12. majskog savetovanja pod nazivom "Uslužni poslovi*" br-12/2014, Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 192. i 195.

5. pravilo je da su trasant i trasat kod čeka dva različita lica, dok kod menice to može da bude i jedno isto lice,[23]

6. opoziv čeka je moguće izvršiti, dok se menica ne može opozvati,

7. pošto ček dospeva po viđenju, uz poštovanje određenih rokova za prezentaciju radi naplate, kod njega nema akceptiranja, dok je kod menice to neophodno,

8. kod čeka ne postoji radnja akceptiranja zato što ima pokriće u momentu izdavanja, dok kod menice akcept postoji jer se u momentu njenog izdavanja ne traži pokriće,

9. ček uvek dospeva na naplatu po viđenju, dok menica može da dospe na naplatu ne samo po viđenju već i na tačno određen dan, na određeno vreme od dana izdavanja, kao i na određeno vreme po viđenju,

10. ček se ne može umnožavati i izuzetak kada je to moguće jeste ako je izdat u Srbiji a plativ je u inostranstvu, pod uslovom da glasi na donosioca, dok se menica se uvek može umnožavati,

11. kod čeka se ne može vršiti prepis, niti se može izdati blanko ček, a nema ni založnog indosamenta i prilikom izdavanja čeka ne plaća se taksa,

12. kod čeka postoji samo regresna tužba, dok kod menice, pored regresne, postoji i glavna tužba.

Pored značajnih razlika koje postoje između čeka i menice, ima i nekih zajedničkih odlika koje ih čine sličnim kao što su: bezuslovni nalog za isplatu određenog novčanog iznosa, ista obavezna lica (trasant, trasat, remitent), obavezna forma koja je propisana zakonom kod menice i kod čeka, ista pravila se primenjuju na indosamentu i aval; takođe, i kod menice i čeka primenjuju se ista pravila o plaćanju, izveštavanju, solidarnoj odgovornosti, umnožavanju, protestu, zastarelosti, amortizaciji i dr.[24]

Iz razloga sličnosti između menice i čeka, u Zakonu o čeku postoje odredbe[25] koje upućuju na analognu primenu, shodno prirodi čeka, na pojedine odredbe Zakona o menici.

To su su sledeće odredbe o: punovažnosti potpisa stavljenog na menicu, punovažnosti potpisa lica koje radi bez ovlašćenja ili koje prekorači svoje ovlašćenje; indosamentu; avalu; plaćanju; izveštavanju; napomeni "bez troškova"; solidarnoj

[23] Konjhodžić Halid: *Priroda i karakteristike mjenice*, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, br.5/2005, Banja Luka 2005. god., str. 358.

[24] Bartoš Milan i dr: Menično i čekovno pravo, Beograd 1974. god., str. 30.

[25] Član 23 Zakona.

odgovornosti; regresnoj svoti; predaji isprava i prebrisavanju indosamenata izuzimajući propise o akceptu i o kamati određenoj u ispravi; umnožavanju, sa određenim izuzetkom; preinačenju menice, sa izuzetkom propisa o akceptiranju; protestu sa izuzetkom propisa o akceptiranju i o protestovanju na osnovu prepisa čeka; zastarelosti; neopravdanom obogaćenju, sa izuzetkom propisa o akceptantu; pravu zaloge i pridržaja; amortizaciji, sa izuzetkom propisa o akceptantu; sukobima zakona; ostvarivanju čekovno-pravnih regresnih zahteva; opštim odredbama, sa izuzetkom propisa o akceptiranju.

VRSTE ČEKA

Klasifikacija čeka može da se izvrši prema više kriterijuma. Najčešća podela je prema tome kako se određuje imalac prava i prema nameni čeka.

Sledi podela prema načinu određivanja imaoca čeka.

Ček na ime[26] upućuje na to da je na čeku upisano ime korisnika čeka i da se izdaje u slučaju kada se želi ograničenje njegove cirkulacije. Međutim, ova vrsta čeka se ipak može prenositi indosamentom, što predstavlja izuzetak u odnosu na opšta pravna pravila koja se primenjuju na prenos hartija od vrednosti. Trasant (izdavalac) može da unese "rekta klauzulu" ("ne po naredbi") i zabrani prenos čeka putem indosamenta. Ček se i u ovakvoj situaciji može preneti putem građanskopravne cesije.[27]

Ček po naredbi, u koji se unosi klauzula koja glasi "po naredbi" i ime remitenta (korisnika), što ukazuje da se ček isplaćuje određenom licu ili po njegovoj naredbi drugom licu. Čekovi po naredbi se retko izdaju pošto i oni čekovi koji ne sadrže navedenu klauzulu mogu da se prenose putem indosamenta.

Ček na donosioca[28] glasi "isplatite donosiocu", u kom slučaju se isplata novčanog iznosa koji je naveden na čeku mora isplatiti svakom ko donese ček (prezentuje ga na isplatu). Ček na donosioca pruža mogućnost da se isti zloupotrebi i čekovnu sumu naplati i neovlašćeno lice, te da bi se izbegla mogućnost zloupotrebe, moguće je da se ček na donosioca pretvori u ček na ime tako što će imalac čeka u isti upisati puni indosament. Kada se ček na donosioca pretvori u ček po naredbi, tada samo indosant ili drugo lice koje je određeno po njegovoj naredbi

[26] Član 5 Zakona o čeku.

[27] Jankovec Ivica: *Privredno pravo,* str. 723.

[28] Član 5 Zakona o čeku.

ima mogućnost da vrši pravo iz čeka. Ček po naredbi se može ponovo pretvoriti u ček na donosioca putem blanko indosamenta ili indosamentom na donosioca. Ček na donosioca omogućuje da se isti veoma brzo i lako prenosi.

Alternativni ček je onaj ček koji sadrži ime remitenta i sadrži i klauzulu da trasat može da isplati čekovnu svotu donosiocu čeka. Ovaj ček sadrži dve klauzule i to: "po naredbi" ili "donosiocu", što omogućuje da se alternativni ček može prenositi i tradicijom.[29] S obzirom da se alternativni ček smatra čekom na donosioca, pojedini autori smatraju da banka nije u obavezi da proverava identitet lica kome vrši isplatu.[30] U svojoj poslovnoj praksi, banke ipak proveravaju identitet svakog kome vrše bilo koju isplatu.

Trasirani ček po sopstvenoj naredbi je takav gde trasant izdaje ček na sopstveno ime ili po sopstvenoj naredbi i tada dolazi do sjedinjenja (konfuzije) trasanta i remitenta. Ovakav ček se izdaje kada trasant želi da podigne sredstva sa svog tekućeg računa.[31]

Sopstveni trasirani ček je ček kod koga trasant označava sebe kao trasata i na ovaj način dolazi do konfuzije između izdavaoca čeka i onog koji treba da isplati ček (trasata). Ovde važi pravilo da se ovakva vrsta čeka ne može izdati na donosioca a sve u cilju da bi se izbegle razne mogućnosti zloupotrebe. U poslovnoj praksi banaka ovaj sistem se sprovodi na taj način što jedna filijala banke navodi drugu filijalu iste banke kao trasata, što stvara mogućnost da klijent te banke kao remitent naplati sumu sa svog računa na kome ima pokriće u drugom mestu.

Prema nameni i obliku čekovi se dele na: isplatne, obračunske, barirane, putničke i cirkularne.

Isplatni (gotovinski) ček je onaj ček sa kojim se izdaje nalog za isplatu u gotovom novcu. Remitent (korisnik čeka) može biti samo trasant ili treće lice. Ova vrsta čeka je najčešće u primeni.

Obračunski (virmanski) ček služi da bi se preneo određeni novčani iznos sa jednog (trasantovog) računa na drugi (remitentov) račun, bez upotrebe gotovog novca. Na računu se upisuje klauzula "samo za obračun" i ova klauzula se ne može opozvati. U poslovnoj praksi postoji jedan sličan instrument prenosa novca sa jednog računa na drugi račun i zove se virmanski nalog. Ovaj nalog nije hartija od vrednosti, kao što je to ček. Obračunski ček je rasprostranjen u upotrebi pri-

[29] Vasiljević Mirko, *Poslovno pravo 1*. str.426.

[30] Jankovec Ivica: *Privredno pravo*, str. 723.

[31] Jakšić Miomir i dr : *Ekonomski rečnik,* Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu 2010, str. 50.

likom plaćanja između privrednih subjekata, s obzirom da se radi o prenosu velikih novčanih iznosa i da se izbegavaju svi nedostaci i nesigurnosti koje prate gotovinsko plaćanje.[32]

Barirani (precrtani) ček[33] je ček na kome se nalaze dve dijagonalne paralelne linije. Trasant na ovaj način zabranjuje isplatu čeka u gotovom novcu i trasat isplatu novčanog iznosa koji je upisan na čeku vrši banci koja je remitentov punomoćnik a ne direktno remitentu.

Postoji opšti i poseban precrtaj.

Opšti precrtaj postoji kada između paralelnih crta nije upisano ništa ili je upisano "preko banke", bez navođenja imena banke, što ukazuje da remitent može da naplati od trasata kod bilo koje banke.[34]

Posebni precrtaj postoji u situaciji kada je između paralelnih linija na čeku upisano ime banke i tada se ček može isplatiti samo u toj banci.

Opšti precrtaj može da se pretvori u posebni na taj način što će se između paralelnih linija upisati ime banke koja će isplatiti čekovnu svotu, dok obrnuto nije dozvoljeno.

Zajednička karakteristika bariranog čeka i virmanskog naloga je što trasat ne isplaćuje čekovni iznos neposredno u gotovom novcu. Postoji i jedna značajna razlika koja se ogleda u tome što je kod virmanskog naloga transakcija jednostavnija jer trasat prenosi sredstva sa računa trasanta na račun remitenta, dok kod bariranog čeka trasat vrši isplatu samo ukoliko neka banka u ime remitenta podnese ček na isplatu.[35]

Banka može da primi barirani ček samo od svojih klijenata ili od neke druge banke a ne i od drugih lica.[36]

Barirani čekovi su u upotrebi kod namenskih kredita, gde trasant nastoji da ima uvid i kontrolu u pravilnost korišćenja kredita.[37] Barirani čekovi, sa posebnim precrtajem, koriste se i prilikom multilateralnih kompenzacija između banaka.[38]

---

[32] Obračunski ček ne poznaje poslovna praksa mnogih zemalja, a među tim zemljama je i Francuska.

[33] Član 17 Zakona o čeku.

[34] Blagojević Borislav: *Pravna enciklopedija*, str. 97.

[35] Jankovec Ivica: *Privredno pravo*, str. 724.

[36] Rajčević Marko: *Poslovno pravo 1.* str. 377.

[37] Bejatović Milorad: *Bankarsko pravo i hartije od vrednosti*, str. 231.

[38] Jankovec Ivica: *Privredno pravo*, str. 725.

Putnički ček izdaje banka ili turistička agencija licima koja imaju pokriće na računu kod njih ili je lice, koje preuzima putničke čekove, uplatilo odgovarajuća sredstva radi pokrića. Na ovaj način se putnicima, dok su na putu, daje mogućnost da sa putničkim čekovima plate usluge koje su koristili ili plate robu koju su kupili, a da pri tom izbegnu plaćanje gotovim novcem. Putnički ček se može zameniti za novac kod neke druge banke.[39]

Putnički čekovi su u obliku formulara i glase na okrugle novčane iznose koji su unapred odštampani na čeku, što ih razlikuje od ostalih vrsta čekova na koje se mogu upisati bilo koji iznosi do visine pokrića.

Kod putničkog čeka trasant (izdavalac) je putnik, lice koje dobije ček na ime svojih izvršenih usluga ili prodate robe je remitent (korisnik), dok se onaj kod koga putnik ima novčano pokriće čeka zove trasat.

Značaj putničkog čeka ogleda se u tome što se njegovom upotrebom stimuliše razvoj turizma i izbegavaju rizici nošenja gotovog novca, kao i konvertovanje valuta.[40]

Putnički ček nije regulisan našim Zakonom o čeku.

Cirkulacione čekove izdaje banka kao trasant i predaje ih svom klijentu (remitentu) koji kod nje ima pokriće, u cilju njihovog unovčenja kod njene poslovne jedinice ili kod korespodentne banke.[41] Na navedeni način klijentu je omogućeno da lakše koristi svoja sredstva kod banke kod koje nema novčana sredstva.

ČEKOVNE RADNJE

U radu će biti pezentovane najvažnije čekovne radnje, koje su specifične u odnosu na menicu.

Izdavanje čeka

Prilikom izdavanja čeka, analogno i shodno, primenjuju se ista pravila koja važe i za izdavanje menice.[42] Postoje i određene posebnosti koje važe samo za izdavanje čeka.

---

[39] Carić Slavko: *Privredno pravo*, str. 397.

[40] Milosavljević Miroslav: *Poslovno pravo za menadžere,* Fakultet za pravne i poslovne studije, Novi Sad 2014, str. 201.

[41] Isto..

[42] To su pravila o aktivnoj i pasivnoj sposobnosti, izdavanje čeka preko punomoćnika, nemogućnost oslobađanja izdavaoca za isplatu i dr.

Da bi ček proizvodio pravno dejstvo, neophodno je da sadrži bitne elemente koji su utvrđeni zakonom. To su sledeći elementi: označenje da je ček, što je napisano u samom slogu isprave ili ako je ista izdata na stranom jeziku, izraz koji na tom jeziku odgovara pojmu čeka; bezuslovni uput da se plati određena svota novca iz trasantovog pokrića; ime lica koje treba da plati (trasat); mesto gde treba platiti; označenje dana i mesta izdanja čeka i potpis lica koje je ček izdalo (trasant).[43]

Izdavanje čeka predstavlja uvek prvu čekovnu radnju i nije dozvoljeno izdavanje blanko čeka.

Kada je u pitanju postojanje pokrića kod izdatog čeka, u različitim zakonodavstvima je to pitanje različito rešeno. U zemljama gde se primenjuje anglosaksonski čekovni sistem, pokriće mora da postoji u momentu izdavanja čeka,[44] dok su države koje su usvojile ženevski čekovni sistem ovo pitanje rešile na različite načine, s obzirom da je u ženevskom zakonu predviđeno da je neophodno postojanje pokrića.[45] U našem Zakonu o čeku nije precizirano u kom momenatu je potrebno postojanje novčanog pokrića izdatog čeka.[46] U svakom slučaju, pokriće mora biti izvesno, likvidno, utuživo i dovoljno.[47]

Ček koji je plativ u zemlji može se trasirati samo na banku, dok ček koji je plativ u inostranstvu može se, prema zakonu mesta plaćanja, trasirati na druga lica.[48]

Prenos čeka

Prenos čeka koji glasi na donosioca, veoma je uprošćen i jednostavan i vrši se tradicijom, tj. prostom predajom iz ruke u ruku. Ukoliko ček glasi na ime ili po naredbi, prenos se vrši indosamentom. Indosament mora biti bezuslovan i svaki uslov koji bi bio stavljen smatra se kao da nije napisan. Indosament "na donosioca" vredi kao blanko indosament. Delimičan indosament je ništavan. Cesijom (običnim ustupanjem) se prenosi ček ukoliko je na istom upisana "rekta klauzula" ("ne po naredbi" ili drugi izraz koji znači to isto).[49]

[43] Član 1. Zakona o čeku.

[44] Antonijević Zoran i dr.: *Bankarsko pravo,* Beograd 1982. god., str. 469.

[45] Član 3 Jednoobraznog zakona o čeku.

[46] Član 4 Zakona.

[47] Gavaldo-Stoufflet : *Droit commercial,* Paris 1978. god., str.381.

[48] Član 2 Zakona o čeku.

[49] Carić Slavko: *Privredno pravo*, str. 400.

Prezentacija, isplata čeka i opoziv čeka

Da bi trasat isplatio čekovnu sumu, neophodno je da imalac čeka isti prezentuje na isplatu u predviđenim zakonskim rokovima.[50] Trasat pre isplate čeka vrši legitimisanje čekovnog poverioca, a zatim kontroliše formalnu ispravnost čeka. Odgovornost banke ne postoji ako je falsifikovan potpis trasanta na tako originalan način da se to ne može otkriti.[51]

Ček čija se isplata vrši u Republivi Srbiji mora da se podnese trasatu na isplatu i to računajući od dana izdanja u roku od: osam dana ako je jedno isto mesto izdanja i plaćanja u Republici Srbiji, a u roku od petnaest dana ako su to različita mesta; dvadeset dana ako je ček izdat u nekoj od evropskih zemalja; četrdeset dana ako je ček izdat u nekoj zemlji van Evrope i to na obalama Sredozemnog ili Crnog mora ili na ostrvima u njima; sedamdeset dana ako je ček izdat u nekoj drugoj zemlji izvan Evrope.

U Zakonu o čeku predviđena je mogućnost da se izuzetno cirkularni ček može podneti na isplatu i u roku od šest meseci od dana izdanja, što je opravdano imajući u vidu suštinu ovog čeka.

Kada se izvrši isplata čekovne sume u celosti, tada trasat zadržava ček kao dokaz isplate. Trasat može da izvrši i delimičnu isplatu čekovne sume, pod uslovom da imalac čeka ne odbije delimičnu isplatu. Ukoliko imalac čeka primi delimičnu isplatu, tada se na čeku ispisuje ta činjenica i imalac zadržava ček radi kasnije naplate ostatka čekovne sume.[52] Ukoliko se ček opozove, isti ne proizvodi pravno dejstvo i ne može se naplatiti. Opoziv je moguć u pismenoj formi u kom slučaju se smatra kao da ček nije ni izdat.[53]

ČEK U POSLOVNOJ PRAKSI REPUBLIKE SRBIJE[54]

Istražujući ček u poslovnoj praksi Republike Srbije, može se zaključiti:

---

[50] Član 12. Zakona o čeku.

[51] Ripert G.: *Traite de droit commercial,* Libraire generale de droit et de jurisprudence, Paris 1966. god., str. 307/II.

[52] Leko Vlado: *Rječnik bankarstva,* Masmedia, Zagreb 1998. god., str. 80.

[53] 53Radović Mirjana: *Opoziv čeka,* Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2016. god., br. 1/2016, str.180.

[54] Prilikom istraživanja čeka u poslovnoj praksi Srbije korišćeni su podaci Narodne banke Srbije, posebno Direktorata za ekonomska istraživanja i statistiku, Udruženja banaka Srbije, nekih poslovnih banaka, Privredne komore i dr. Ni jedna od pobrojanih institucija nema potpune podatke o čeku, kao što su broj izdatih čekova po vrstama i bankama, broj realizovanih čekova i dr.

1.većina banaka koje posluju u Republici Srbiji izdaju čekove u skladu sa svojim opštim uslovima poslovanja.[55]

2. banke koje izdaju čekove to rade do visine pokrića koje klijent ima na tekućem računu. Prilikom izdavanja novih čekova, utvrđuje se stanje na računu i banke polaze od činjenice koliko već izdatih čekova nije realizovano i da li ima sredstava na računu klijenta za njihovo pokriće, kao i pokriće čekova koji tek treba da se izdaju.[56]

3. postoje banke koje izdaju veći broj čekova od prosečnog novčanog priliva, na osnovu zarade ili penzije, nakon što utvrde bonitet klijenta, dok druge banke izdaju čekove zavisno od prosečnog priliva na tekućem računu u poslednja tri meseca. Opravdano je da banka daje svom klijentu limitiran broj čekova, s obzirom da za plaćanje čekom mora da postoji adekvatno novčano pokriće, ako ne u momentu izdavanja, onda u trenutku plaćanja. Ovo ukazuje da ček ne može da se koristi kao sredstvo kreditiranja, što je jedan od stavova Narodne banke Srbije, kao i poslovnih banaka. Novčano pokriće se traži na osnovu imperativnih zakonskih normi. Da bi se u praksi izbeglo korišćenje čeka kao sredstva kreditiranja, Narodna banka Srbije kreirala je, zajedno sa poslovnim bankama, *dinakard* koja predstavlja sredstvo za odloženo plaćanje.[57]

4. uvođenjem kreditnih kartica, ček kao nedozvoljeno sredstvo kreditiranja nije u potpunosti potisnut. Upotrebu čeka kao sredstva kreditiranja pospešuju i veliki trgovinski lanci koji prodaju svoju robu na čekove sa odložnim plaćanjem. Dužina odložnog plaćanja zavisi od veličine računa koji treba da se plati za kupljenu robu

5. veći broj privrednih društva koja se bave trgovinom ne primaju čekove određenih banaka kao sredstvo odloženog plaćanjaja (kreditiranja) i na taj način sami, neovlašćeno i bez ikakvih kriterijuma određuju bonitet banaka i stvaraju "određenu diskriminaciju". Ovakva "diskriminacija" je dovela do toga da klijenti

[55] Opšti uslovi poslovanja su navedeni na sledećim sajtovima banaka: www.direktnabanka.rs;www.addiko.rs; www.aikbanka.rs; www.alphabankserbia.com; www.bancaintesa; www.kombank.com; www.marfinbank.rs; www.mirabankserbia.com;www.nlb.rs;www.obs.rs;www.otpbanka.rs;www.piraeusbank.rs;www.procreditbank.rs;www.raiffeisenbank.rs; www.sberbank.rs; www.societegenerale.rs; www.srpskabanka.rs;www.telenorbanka.rs; www.unicreditbank.rs; www.voban.co.rs; www.vtbbanka.rs; www.creditagricole.rs; www.eurobank.rs; www.findomestic.rs; www.halkbank.rs; www.jubmes.rs; http://www.posted.co.rs.

[56] Isto

[57] Isto

banaka otvaraju račune kod drugih banaka sa čijim čekovima mogu da plate prodavcima i davaocima usluga.

7. većina banaka u sastvu svojih opštih uslova poslovanja ima tarifu naknade za usluge platnog prometa fizičkim licima, a ti uslovi su, najčešće, objavljeni na njihovim internet stranicama. To su, neretko, usluge za izdavanje čekovnih blanketa, isplata po čekovima drugih banaka, izdavanje potvrda o oglašavanju nevažećih čekova i sl.

ZAKLJUČAK

Ček je, kao značajna pojedinačna hartija od vrednosti, podesno i pouzdano sredstvo plaćanja pošto se izbegavaju rizici koji mogu da nastanu usled plaćanja gotovinom. Plaćanje čekom olakšava i ubrzava platni promet i izbegava "umrtvljivanje kapitala" i sve više postaje zamena za novac.

Pozitivno je što čekove izdaju skoro sve poslovne banke u Srbiji, u skladu sa svojim opštim uslovima poslovanja, međutim bilo bi korisno da se ujednače uslovi i kriterijumi banaka za izdavanje i korišćenje čekova, što bi ojačalo pravnu sigurnost u platnom prometu.

Neophodno je da se kod nas preispitaju postojeća pravna rešenja iz oblasti čeka, koja u ovom trenutku ne predstavljaju zadovoljavajući pravni okvir za regulisanje čeka, i donesu novi propisi koji bi pratili savremene tendencije u poslovnoj praksi. Novi propisi treba da sadrže specifična pravila koja se odnose samo na ček, bez pozivanja na analognu i adekvatnu primenu propisa sa kojima se reguliše menica.

Opravdano je novo zakonsko rešenje u Republici Srbiji sa kojim je ukinuto krivično delo izdavanje čeka bez pokrića. Primerenije su materijalne sankcije za izdavanje čeka bez pokrića, koje se ogledaju u tome da izdavalac čeka plaća odgovarajuću zateznu kamatu na deo novčanih sredstava koje je isplatila banka, a za koje ček nije imao pokriće ili da se dosledno primene postojeće prekršajne odredbe koje su utvrđene u Zakonu o čeku.

Potrebno je da banke u svoju poslovnu praksu uvedu adekvatne mehanizme pomoću kojih bi onemogućile da se izdaju čekovi bez pokrića. Ti mehanizmi bi se primenjivali, pre svega, u postupku izdavanja čekova od strane banaka kada bi se adekvatno procenjivao bonitet klijenta kome se izdaju menični blanketi.

Uz prethodno donošenje odgovarajućih propisa, moguće je primeniti sistem koji sprovodi većina banaka razvijenih zemalja da se čekovi koji nemaju pokriće vraćaju korisnicima čeka, tj. remitentima. Na ovaj način bi se pospešilo korišćenje platnih kartica i mogućnost koju one pružaju da se proveri postojanje novčanog pokrića na računu korisnika u momentu plaćanja.

Adekvatnim novim zakonskim rešenjem ili autentičnim tumačenjem postojećeg Zakona o čeku, treba razrešiti dilemu u kom momentu mora da postoji novčano pokriće na računu izdavaoca čeka – da li u trenutku izdavanja čeka ili u trenutku podnošenja čeka na naplatu. Predlog je da se ovo pitanje uredi tako što će se, za čekove koji se izdaju i plaćaju u Republici Srbiji i čiji su rokovi dospeća vrlo kratki, utvrditi obaveza pokrića na računu izdavaoca čeka u trenutku izdavanja čeka, dok se kod čekova koji bi se izdavali u inostranstvu, naročito izvan Evrope, a bili plativi u našoj zemlji, tražilo pokriće u trenutku podnošenja čeka na naplatu, s obzirom da su rokovi plaćanja znatno duži.

Da bi se sprečila protivpravna praksa, koja se ogleda u tome da se ček koristi kao sredstvo kreditiranja, moguće je zakonom ili opštim uslovima poslovanja banaka znatno, nego što je sada zakonom utvrđeno, ograničiti vreme važenja i korišćenja čekovnog blanketa, tako da se isti ne bi mogao zloupotrebiti na taj način što će se na njemu upisati kao datum izdavanja neki dan koji će tek nastupiti posle više meseci (tzv. postadiranje). Uvođenjem čeka u legalne tokove, tj. njegovo korišćenje isključivo kao sredstvo plaćanja, doprinelo bi da se sve više koriste kreditne kartice koje predstavljaju sredstvo kreditiranja.

Korišćenje čeka kao sredstvo obezbeđenja izvršenja dužnikove obaveze moglo bi da se toleriše, s obzirom da ne proizvodi negativne pravne i ekonomske posledice i što se ova funkcija čeka postepeno gasi sa pojavom i sve češćim korišćenja dokumentarnog akreditiva.

U svakom slučaju, treba koristiti zakonska rešenja i poslovnu praksu koji postoje u zemljama sa razvijenim bankarskim sistemom, kao i novi sistem koji omogućuje elektronsko plaćanje čekom.

MIROSLAV MILOSAVLJEVIĆ, PhD.
VUB- Istočno Sarajevo – Sokolac
JELENA MILOSAVLJEVIĆ, master ecc. Vojvođanska banka

CHECK-INDIVIDUAL AND FORMAL SECURITIES

Summary

In this paper, the authors, the goal of the research study set check, which is a very important individual security, bearing in mind, above all, a function it has in the payment system and its frequent use and advantages in business practices, as well as its relationship with some other banking services, such as: business checking account, a job savings, deposits, letters of credit and others

The paper proposes several definitions which conceptually determines the check, as well as a brief historical account of the origin and development check, its legal nature, characteristics and importance, as well as the common features and differences between waiting and bills, with a special presentation of legal provisions that refer to analogue and analogous application of certain provisions of the bill at the checkout. The division of checks processed by different criteria that exist in theory and in practice.

DRAGICA MARTINOVIĆ

SPECIFIČNOSTI ZALOGE AKCIJA KAO SREDSTVA OBEZBEĐENJA PLAĆANJA

– Pravni okvir i postupak uspostavljanja i realizacije –

U V O D

Ugovorne strane u gotovo svakom poslu traže obezbeđenje svojih prava. Značaj zalaganja akcija kao sredstva obezbeđenja plaćanja raste u Republici Srbiji kroz povećanje trgovine hartijama od vrednosti i stepenom razvijenosti finansijskog sistema tržišne ekonomije.

Pored značaja pridruživanja i usklađivanja lokalne regulative sa uslovima Evropske unije, poseban problem čine nedoslednosti i nedostatak jedinstevene regulative u kontekstu specifičnosti postupka uspostavljanja i realizacije zaloge akcija kao sredstva obezbeđenja plaćanja, s obzirom na njihovu pravnu prirodu, koji su prepoznati u postojećim privrednim uslovima. Stoga, fokus ovog rada predstavljaju osobenosti akcija u odnosu na druge hartije od vrednosti, zakonski osnov i specifičnosti zaloge akcija, a uloga ugovora o zalozi u pravnom prometu kao i realizacija založnog prava biće posebno obrađene. Zakon o obligacionim odnosima[1] reguliše zalaganje potraživanja i drugih prava, kao poseban oblik zalo-

Dragica Martinović, pravni savetnik, Energoprojekt Holding a.d.

[1] 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, Sl. list SCG, br. 1/2003- Ustavna povelja).

ge, dok posebnu podvrstu predstavlja zalaganje hartija od vrednosti, a samim tim i akcija.[2]

Budući da akcije predstavljaju jednu vrstu hartije od vrednosti, u ovom radu će se, pre svega, posvetiti pažnja određivanju pojma i pravne prirode akcija kao posebne vrste hartija od vrednosti

OSOBENOSTI AKCIJA U ODNOSU NA OSTALE HARTIJE OD VREDNOSTI

Važno je napomenuti da postoji više načina za određivanje vrste hartija od vrednosti koje utvrđuje pravna regulativa Republike Srbije. Kako bi se utvrdila osobenost akcija u odnosu na druge hartije od vrednosti u ovom poglavlju daje se kratak pregled klasifikacije kriterijuma podele hartija od vrednosti.

Zakon o obligacionim odnosima definiše hartiju od vrednosti kao pismenu ispravu kojom se njen izdavalac obavezuje da ispuni obavezu koja je upisana na takvoj pismenoj ispravi njenom zakonitom imaocu (član 234. Zakon o obligacionim odnosima RS[3]). Prema pomenutom zakonu i prema Zakonu o tržištu kapitala, razlika se pravi (1) prema vrsti inkorporiranog prava, (2) prema funkcijama hartija od vrednosti u privredi, (3) prema vrsti prihoda, (4) prema dospelosti, (5) prema mestu plaćanja, (6) prema valuti, kao i (7) prema izdavaocu.

Pomenuti zakoni, pravni sistem Republike Srbije i autoriteti u ovoj oblasti, ističu da su od svih kriterijuma po kojima se vrši podela hartija od vrednosti najvažniji način određivanja imaoca prava i priroda prava koje je sadržano u nekoj hartiji.

Stoga, na osnovu određivanja vlasnika prava, razlikujemo hartije od vrednosti na donosioca, hartije na ime i hartije po naredbi.[4] Ukoliko se vrši klasifi-

[2] Obezbeđenje zalogom na potraživanjima i drugim pravima, Vladimir Kozar, http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0352-3713/2016/0352-37131606001K.pdf, pregled 28.jun. 2018. godine.

[3] https://www.paragraf.rs/propisi/ Zakon_o_obligacionim_odnosima.html , pregled 6.juna. 2018. godine.

[4] Hartije na donosioca su one hartije čiji donosilac može da ostvari pravo koje je sadržano u njima. Tu je donosilac hartije istovremeno i poverilac; Hartije na ime glase na određeno lice koje je označeno u hartiji. Pravo sadržano u hartiji ostvaruje to lice ili ono na koje je putem građansko-pravne cesije preneto pravo iz hartije. Kao hartije od vrednosti na ime javljaju se obveznice raznih zajmova, štedne knjižice koje glase na ime i slično; Hartije po naredbi su hartije čiji je prvi imalac označen na samoj hartiji, a na drugo lice prenose se indosamentom. Kao hartije po naredbi smatraju se menica i ček na donosioca.

kacija u odnosu na prirodu inkorporiranog prava, hartija od vrednosti se dele na korporacione, stvarno pravne i obligacione hartije od vrednosti.[5] U tom smislu, koorporacione se odnose na hartije sa pravom učešća[6], stvarno pravne u sebi sadrže inkorporirano stvarno pravo[7], dok obligacione u sebi sadrže obligaciju potraživanja[8].

Akcije, shodno tome, predstavljaju korporacione hartije od vrednosti sa pravom učešća, koje daju određena članska prava (imovinska, upravljačka ili samo imovinska). U kontekstu određivanja imalaca prava one se izdaju kao hartija od vrednosti na ime.[9]

Dakle, akcije predstavljaju deo kapitala akcionarskog društva izražen kroz vlasničku hartiju od vrednosti**,** koja vlasnicima obezbeđuje pravo upravljanja, pravo preče kupovine akcija naredne emisije, pravo na učešće u dobiti, pravo na glas na skupštini akcionara, kao i pravo na učešće u likvidacionoj masi privrednog društva nakon izmirenja svih obaveza privrednog društva prema poveriocima.

Dalje, savremeni uslovi informatičke tehnologije izbacili su pravilo da se akcije izdavaju u materijalizovanom obliku, pa se one vode u elektronskoj formi kod Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti (u daljem tekstu: Centralni registar). U tom smislu, postavlja se pitanje kako odrediti instrumente koji mogu da postoje u vidu elektronskog zapisa bez samog pismena. Zaknoskim uređenjem pitanja prenosa hartija od vrednosti kojim je zakonodovac regulisao pitanje privatizacije velikog broja preduzeća, odnosno privrednih društva, uvodi se pojam "finansijski instrument".[10]

---

[5] Korporacione hartije od vrednosti daju pravo članstva u određenoj korporaciji. Najvažniji korporacioni papiri su akcije (deonice) gde vlasnici istih imaju pravo na određeni deo profita koji ostvaruje akcionarsko društvo u vidu dividend

[6] Korporacione hartije od vrednosti daju pravo članstva u određenoj korporaciji. Najvažniji korporacioni papiri su akcije (deonice) gde vlasnici istih imaju pravo na određeni deo profita koji ostvaruje akcionarsko društvo u vidu dividend.

[7] Stvarno pravne hartije od vrednosti sadrže neko stvarno pravo na pokretnim ili nepokretnim stvarima. U ovu vrstu hartija od vrednosti spadaju teretnica (konosman), skladišnica i drugi.

[8] Obligacione hartije od vrednosti sadrže u sebi neko obligaciono pravo koje po pravilu glasi na sumu novca. Najznačajnije obligacione hartije od vrednosti su menice i ček /fali verovatno – čekovi.

[9] Mirko Vasiljević, Vodič za čitanje Zakona o privrednim društvima, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 299.

[10] Izvršenje na akcijama i udelima, dr Mirjana Knežević http://www.jura.kg.ac.rs/gp/18/l/clanci/knezevic.htm, pregled 12.06.2018. godine.

Naime, Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, usvaja nov termin "finansijski instrument" i na taj način omogućava uvođenje hartija od vrednosti koje nemaju materijalni oblik.[11] Zakon o tržištu kapitala, kojim je stavljen van snage Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, ide u istom pravcu i utvrđuje da akcije kao prenosive hartije od vrednosti čine korpus finansijskih instrumenata i kao takve predstavljaju predmet trgovanja na finansijskom tržištu.[12] Takođe, Zakon o privrednim društvima[13] propisuje da se akcije, kao hartije od vrednosti na ime, izdaju u dematerijalizovanoj formi a da se na njihovu registraciju u Centralnom registru, kao i na njihov prenos (prenos prava iz akcija, ograničenja prava iz akcija i upis prava trećih lica na akcijama) primenjuju odredbe zakona kojima se uređuje tržište kapitala.

ZAKONSKI OSNOV I SPECIFIČNOSTI ZALOGE AKCIJA

Zakonski osnov, shodno kojem se akcije koriste kao predmet zaloge u Republici Srbiji, sadržan je u Zakonu o tržištu kapitala[14], Zakonu o privrednim društvima[15] i Zakonu o obligacionim odnosima[16].

U skladu sa navedenim propisima, akcije, kao i pravo iz akcija, osim ličnog prava glasa, nalaze se u slobodnom prometu.

Iako su akcije hartije od vrednosti na ime, one se ne prenose po pravilima za prenos takve vrste hartija od vrednosti. Dakle, ne prenose se cesijom, već indosamentom sa upisom na račun u Centralnom registru.[17] U tom smislu, i založno pravo na akcijama se stiče upisom tog prava na račun imaoca akcija koji se vodi kod Centralnog registar u skladu sa Pravilima poslovanja Centralnog registra, de-

[11] Zakon o tržištu kapitala, Sl. glasnik RS, br. 31/2011, 112/2015, 108/2016.

[12] Zakon o tržištu kapitala, Sl. glasnik RS, br. 31/2011, 112/2015, 108/2016.

[13] Zakon o privrednim društvima, čl. 248 (Sl. glasnik RS, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 i dr. zakon I 5/2015).

[14] Zakon o tržištu kapitala, Sl. glasnik RS, br. 31/2011, 112/2015, 108/2016.

[15] Zakon o privrednim društvima, čl. 50 (Sl. glasnik RS, br. 36/2011, 9/2011, 83/2014 i dr. zakon I 5/2015).

[16] 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, Sl. list SCG, br. 1/2003 - Ustavna povelja).

[17] Izvršenje na akcijama i udelima, dr Mirjana Knežević http://www.jura.kg.ac.rs/gp/18/l/clanci/knezevic.htm, predled 12.06.2018. godine.

poa i kliringa hartija od vrednosti (u daljem tekstu: Pravila poslovanja Centralnog registra).

Za razliku od akcija, kod hartija od vrednosti na donosioca, poverilac stiče založno pravo na potraživanju upisanom na hartiji od vrednosti na donosioca kad mu ona bude predata, a davanje u zalogu potraživanja iz hartije po naredbi (npr. iz menice) vrši se indosamentom u kome je naznačeno da je predata u zalogu.

Zakon o tržištu kapitala ne sadrži posebne odredbe o založnom pravu na akcijama. Jedino utvrđuje pravilo, koje je sadržano u članu 167, stav 2, tačka 1 Zakona, a kojim je određeno da investiciono društvo ne može da zalaže ili otuđuje finansijske instrumente, u koje spadaju i prenosive hartije od vrednosti, u vlasništvu klijenta bez njegovog prethodnog pismenog ovlašćenja.[18]

Zakonom o tržištu kapitala, pored toga, propisuje da upis prava trećih lica na hartijama od vrednosti vrši Centralni registar na osnovu naloga za upis zakonitog imaoca, odnosno lica koje on ovlasti ili zakonskog zastupnika uz koji se prilaže ugovor o zalozi.[19]

UGOVOR O ZALOZI

Na osnovu analize zakonskog okvira i specifičnosti zaloge akcije, neophodno je istaći mesto i značaj ugovora o zalozi u ovakvom pravnom prometu. Stoga, važnost ugovora o zalozi jeste u tome što utvrđuje sve uslove pod kojim se akcije daju u zalogu zalogoprimcu.

Ugovor o zalozi akcija mora biti formalizovan u pismenoj formi. Međutim, Pravila poslovanja Centralnog registra ne zahtevaju izričitu formu već na neki posredan način govore o ugovoru, tako što propisuju da Centralni registar vrši upis zaloge na osnovu zahteva uz dostavljanje ugovora[20].

Ova pravna situacija regulisana je na određen način Zakonom o obligacionim odnosima. Naime, Zakon propisuje da ugovor o kreditu na osnovu zaloge hartije od vrednosti (što se odnosi i na akcije) mora biti zaključen u pismenoj formi i sadržati naznačenje hartija od vrednosti koje se zalažu, naziv i uslove odobrenog kredita, kao i iznos i vrednost hartije koja je uzeta u obzir radi obezbeđenja

[18] Obezbeđenje zalogom na potraživanjima i drugim pravima, Vladimir Kozar, http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0352-3713/2016/0352-37131606001K.pdf, pregled 28.jun. 2018. g.

[19] Zakon o tržištu kapitala, čl. 216. i 229. (Sl. glasnik RS, br. 31/2011, 112/2015, 108/2016).

[20] Pravila poslovanja Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti (član 104).

kredita.[21] Pored toga, treba istaći da se u ovom slučaju radi o mešovitom ugovoru koji sadrži i elemente ugovora o kreditu, i elemente ugovora o zalozi. Odredbe ovog ugovora se mogu primeniti i na ostale vrste novčanih potraživanja na finansijskom tržištu, koje se obezbeđuju hartijama od vrednosti. Shodno Zakonu, nije bitno ko na poverioca prenosi hartije od vrednosti, korisnik kredita ili neko treće lice. Bitno je, međutim. da je poverilac zakoniti imalac hartija od vrednosti, te da može sa njima raspolagati u okviru svog založnog prava.

Takođe, Zakonom nije propisano šta ugovor o kreditu na osnovu zaloge akcija (odnosno hartija od vrednosti) treba da sadrži. Smatramo da bi trebalo da sadrži sledeće elemente: 1) podatke o zalogodavcu, ili licu koje je dužnik u pravnom poslu (ako to lice nije zalogodavac) i podatke o zalogoprimcu; 2) iznos i vrednost akcija koje su uzete u obzir za odobrenje, 3) naznačenje akcija koje se zalažu; 3) iznos i uslove odobrenog kredita, 4) potpise zalogodavca i zalogoprimca ili potpise u njihovo ime, 5) drugi podaci i pitanja o kojima se ugovorači saglase.[22]

Ugovor o zalozi akcija predstavlja osnov kako za upis, tako i za realizaciju založnog prava na akcijama.

UPIS I RELIZACIJ ZALOŽNOG PRAVA NA AKCIJAMA

Centralni registar na osnovu ugovora vrši upis založnog prava na akcijama. Pored ugovora, postoje i drugi pravni osnovi za sticanje prava trećih lica na hartijama od vrednost, odnosno akcijama, kao što su pravosnažna izvršna isprava u postupku prinudnog izvršenja, sudska odluka, ugovor o cesiji, lombardni kredit, itd.

Upis založnog prava na akcijama je konstitutivnog karaktera, zato što se pravo stiče ili nastaje samim upisom. Shodno tome, akcije na kojima je upisano založno pravo vode se na posebnom podračunu vlasničkog računa hartija od vrednosti (založni račun) kod Centralnog registra. Pravne posledice takvog upisa su sledeće: 1.stanje tih akcija je blokirano sve dok traje obaveza po osnovu ugovora o zaduženju, i 2. raspolaganje tim akcijama se može vršiti samo u skladu sa onim što je utvrđeno ugovorom u okviru zakonskih normi.

[21] 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.l ist SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja), čl. 1069–1071.

[22] Zalaganje akcija (akcija kao sredstvo obezbeđenja plaćanja), dr Dejan Simić, Beogradska banka a.d. filijala Agrobanka, Beograd, internet: Fugovorww.pravniciuprivredi.org.rs/index.php/sr/casopis, pregled 09.07.2018. godine.

Postavlja se pitanje pod kojim je uslovima moguća realizacija založnog prava ukoliko vlasnik akcija koje su prenete na založni račun ne ispuni obaveze u roku utvrđenom ugovorom na osnovu koga je nastalo pravo zaloge. Može se reći da u tom slučaju poverilac ima parvo da realizuje svoje potraživanje prodajom akcija.

Budući da se krediti ili ostala potraživanja na finansijskom tržištu koja se obezbeđuju hartijama od vrednosti smatraju ugovorima u privredi, shodno tome poverilac može ostvariti prodaju bez neposrednog obraćanja sudu. [23]

Pravilima poslovanja Centralnog registra propisano je da poverilac ima pravo da pokrene postupak prodaje založenih hartija od vrednosti po isteku osam dana od dana upozorenja učinjenog zalogodavcu.[24]

ZAKLJUČAK

U zemljama razvijene tržišne privrede i finansijskog tržišta zalaganje akcija se često koristi kao sredstvo obezbeđenja na osnovu kojeg njihov vlasnik stiče mogućnost da se zadužuje kod banaka i drugih poverioca. Na finansijskom tržištu Republike Srbije još uvek nema sasvim povoljnih uslova za čestu upotrebu zaloge akcija kao sredstva obezbeđenja potraživanja poverioca, kako zbog makroekonomskog, tako i zbog domaćeg privrednog ambijenta, koji utiču na vrednovanje postojećih akcija na sekundarnom tržištu.

Menjanje tržišne cene akcija upravo predstavlja jedan od presudnih činilaca za efikasnost njihove realizacije kao instrumenata obezbeđenja. Shodno tome, poverilac, kod odlučivanja da kao sredstvo obezbeđenja svog potraživanja, odabere zalogu akcija, mora obratiti pažnju na to da su akcije izdate od strane bonitetnog emitenta, dalje, kako se kotiraju na berzi u momentu uzimanja u zalogu,kao i na to kakva se procena očekuje u period vraćanja kredita i sl. Poverilac bi svakako trebalo da insistira da u ugovor uđe odredba na osnovu koje bi mogao da traži dopunu zaloge u slučaju smanenja realne - tržišne vrednosti akcija, tako da, u tom slučaju, korisnik kredita obezbedi dodatnu količinu akcija za pokriće kredita.

[23] Zalaganje akcija (akcija kao sredstvo obezbeđenja plaćanja), dr Dejan Simić, Beogradska banka a.d. filijala Agrobanka, Beograd, internet: Fugovorww.pravniciuprivredi.org.rs/index.php/sr/casopis, pregled 09.07.2018. godine.

[24] Pravila poslovanja Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti (član 104).

Reforma privrednog zakonodavstva u Republici Srbiji je išla u pravcu zaštite dužnika u dužničkopoverilačkim odnosima. Jedan od primera je i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o stečaju koji uvodi zakonske novine u pogledu zaštite založnog poverioca u postupku stečaja. Pored razlučnog poverioca u stečajnom postupku se po prvi put pojavljuje i založni poverilac.[25] Međutim, budući da je ova materija veoma kompleksna, zaslužuje da bude uređena posebnim zakonom, kojim bi se predvidelo na koji način se može omogućiti uvid javnosti u ugovorene zaloge akcija, koje se akcije mogu koristiti kao adekvatan založni materijal; naplata potraživanja iz založenih akcija i dr.

Posebna tema za dalje istraživanje predstavlja i regulasanje kolizije zakonodavstva Srbije radi potpunog usklađivanja sa regulativom Evropske unije u oblasti finansijskih usluga, obuhvaćenih poglavljem 9 u pregovorima sa EU. To između ostalog podrazumeva i izmenu Zakona o tržištu kapitala, a posledice ovog usklađivanja svakako će uneti i značajne promene u oblasti koja se u okviru ovog rada obrađuje. Stoga, rad upućuje na važnost otklanjanja pravnih nedoumica koje mogu imati ozbiljnije implikacije na specifičnosti postupka izvršenja zaloge na akcijama, ali i na realizaciju nastaih pravnih dejstava.

Dragica Martinović
Legal Advisor, Energoprojekt Holding p.l.c.,
Belgrade

SPECIFICATIONS OF THE PLEDGE OF SHARES TO SECURE A LOAN OR OTHER PAYMENT
– Legal framework and procedure for establishment and realization of the pledge of shares –

Summary

The importance of pledge of shares to secure a loan or other payment is increasing in the Republic of Serbia through the rise in securities trade, and depends on the development of the finan-

[25] Mere u reorganizaciji. Rajko Krejović, advokat http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2016/Slobodanka_Komsic_rad.pdf, pregled 18.juna. 2018.godine.

cial system and the capital market. However, the financial market in Serbia does not yet have quite favorable conditions for frequent use of the pledge of shares to secure a loan or other payment, both due to the macroeconomic and domestic economic environment, which influence the valuation of existing shares on the secondary market.

Therefore, a special problem arises from the absence of a single legal act that would regulate this matter due to its specific and legal nature, which are recognized in the existing economic conditions. Hence, the objective of this paper is to understand the specific nature of the pledge of shares to secure a loan or other payment in the local context, with a specific focus on the peculiarities of the shares in relation to other securities, the legal basis and exercising the pledge right over the shares.

MIHAJLO RABRENOVIĆ,
SOLIMAN MUSBAH ALBANDAG,
MAJA COGOLJEVIĆ

STRATEGIJE ZA PODIZANJE EFIKASNOSTI UPRAVLJANJA NETO OBRTNIM SREDSTVIMA NA BERZI

– Pravno-organizacioni aspekti –

U V O D

Poslovanje berzi se zasniva na poštovanju principa i mehanizama, koji imaju za cilj da se usklade postupanja učesnika koji se pojavljuju na berzanskom tržištu. U uslovima globalizacije poslovanja došlo je do razvoja globalnih načela koja se primenjuju na berzama u svim delovima sveta. Suština funkcionisanja berzi, kao organizovanih tržišta kapitala, se ogleda u poštovanju pravila poslovanja, kojih se moraju pridržavati svi učesnici. Načini funkcionisanja berzi u svim delovima sveta su u osnovi veoma slični, pri čemu razlike koje među njima postoje u najvećoj meri predstavljaju posledice različitih pristupa njihovom organizovanju, koje koriste pojedine zemlje.

Dr Mihajlo Rabrenović, profesor Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo u Beogradu; predsednik Upravnog odbora Instituta "Torlak" u Beogradu.

Soliman Musbah Albandag, doktorand Fakulteta za poslovne studije u Beogradu; Univerzitet "Azzaytuna" u Taruni, Libija.

Dr Maja Cogoljević, profesor Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo u Beogradu.

Efikasnost upravljanja neto obrtnim sredstvima predstavlja jedan od faktora koji imaju najveći uticaj na uspešnost poslovanja privrednih društava. Upravljanje neto obrtnim sredstvima privrednog društva predstavlja veoma kompleksan zadatak, pre svega zbog činjenice da na efikasnost ovog procesa utiče veliki broj različitih faktora. Korišćenje maksimalnih mogućih efekata strategije za podizanje efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima zahteva uspostavljanje dobre saradnje između službi nabavke, proizvodnje, prodaje i finansija, koje imaju najveći uticaj na upravljanje neto obrtnim sredstvima u okviru privrednog društva.

U okviru prvog dela rada dat je kratak pregled pojma i značaja berzi, dok je u okviru drugog dela obrađen pravno-organizacioni aspekt njihovog funkcionisanja. Treći segment rada predstavlja prikazivanje osnovnih elemenata neto obrtnih sredstava i njihovog značaja. Strategije za podizanje efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima predstavlja četvrti, poslednji deo rada.

POJAM I ZNAČAJ BERZE

Pod berzama se podrazumevaju fizički i poslovno organizovani prostori, na kojima se obavlja trgovina hartijama od vrednosti, novcem i sredstvima plaćanja, u skladu sa precizno i strogo definisanim pravilima.[1] U stručnoj literaturi i praktičnoj primeni se možemo susresti sa velikim brojem različitih definicija berzi, pri čemu sve one imaju određene zajedničke elemente koje tržišta moraju posedovati da bi se mogla posmatrati kao berze. Berze se mogu definisati kao mesto na kom se sastaju ponuda i tražnja za tačno određenom robom, u tačno određeno vreme i na tačno određenom mestu.[2]

Savremene berze predstavljaju mesta na kojima se obavlja suočavanje ponude i tražnje za predmetima trgovine koji su precizno definisani i koji moraju biti podložni standardizaciji i tipizaciji. Suština standardizacije predmeta kojima se na berzama trguje se ogleda u obezbeđivanju njihove identičnosti, bez obzira na količine kojima se trguje. Standardizacija predmeta kojima se trguje na berzama se relativno lako može obezbediti u situacijama kada su predmet trgovanja sirovine i proizvodi niskog nivoa obrade, dok je nju mnogo teže postići kod gotovih proizvoda, koje karakterišu izuzetno visoki nivoi razlika.

[1] Kohn, M. (2004). *Financial institutions and markets*. New York: Oxford University Press.

[2] Petrović, P. (2009). *Berze i berzansko poslovanje.* Beograd: Prometej.

Same lokacije na kojima su se berze nalazile i način njihovog rada su se značajno menjali tokom razvoja ovog načina poslovanja. Prvobitne berze su se nalazile na gradskim trgovima i u kafanama, da bi one vremenom prešle u zgrade koje su specijalizovane za ovu namenu, koje u poslednje dve decenije sve više menjaju globalna tržišta, koja su povezana uz pomoć modernih informacionih i telekomunikacionih tehnologija. Upravo je razvoj tehnologije omogućio da se na savremenim berzama trgovanje obavlja neprekidno. U situaciji kada se berze na jednom kontinentu zatvore, berze koje se nalaze na nekom drugom kontinetnu tek počinju sa radom.

Nastanak berzi je rezultat spontanog procesa i one su nastale i razvijaju se kao posledica zahteva tržišta. Upravo iz navedenog razloga se istorijski nastanak i razvoj berzi u potpunosti podudaraju sa širenjem postojećih i stvaranjem novih tržišta. Promene u načinu funkcionisanja berzi u modernim uslovima poslovanja u potpunosti prate promene na tržištima, pri čemu se ovaj trend može sa sigurnošću očekivati i u budućnosti.

Značaj berzi u tržišnim ekonomijama je višestruk i on se ogleda u sledećim elementima, jer one:[3] predstavljaju tržišta koja su organizovana i nad čijim radom kontrolu obavlja država; u značajnoj meri olakšavaju promet dobara, hartija od vrednosti i novca, i imaju značajne pozitivne efekte na stabilnost i harmonizaciju odnosa u okvirima nacionalnih privreda.

PRAVNO-ORGANIZACIONI ASPEKTI FUNKCIONISANJA BERZE

Pravni oblici funkcionisanja berzi se razlikuju, u zavisnosti od nacionalnih zakonodavstava zemalja iz kojih one potiču. Pravno-organizacioni aspekt funkcionisanja berzi se zasniva na unapred pravno definisanom skupu pravila ponašanja kojih se učesnici moraju pridržavati prilikom obavljanja trgovinskih transakacija. Ovaj skup pravila ponašanja ima za cilj da obezbedi slobodno funkcionisanje berzi u skladu sa primenom mehanizama susretanja ponude i potražnje.

Kao najznačajnije karakteristike berzi, koje utiču i na pravno-organizacione aspekte njihovog funkcionisanja, mogu se izdvojiti:[4]

[3] Dugalić, V., Štimac, M. (2005). *Osnove berzanskog poslovanja.* Beograd: Stubovi kulture.

[4] Kohn, M. (2004). *Financial institutions and markets*. New York: Oxford University Press.

– strogo i precizno definisana pravila i procedure rada;

– trgovanje koje se realizuje na berzanskim sastancima, koji se odvijaju u precizno definisanim terminima;

– status članova berze mogu imati isključivo registrovani posrednici i trgovci;

– realizacija berzanskih poslova se može obavljati neposredno između članova berze ili preko predstavnika i posrednika;

– kontrolu berzanskih poslova obavljaju organi berzi, pri čemu država i njeni organi takođe nadziru i kontrolišu sve aktivnosti koje se na berzi odvijaju, i

– berzanski poslovi se mogu realizovati putem aukcija ili kontinuiranim trgovanjem.

Prilikom analize pravno-organizacionih aspekata funkcionisanja berzi kao ključni element u razmatranje se mora uzeti odnos između berzi i državnih organa koji su zaduženi za kontrolu njihovog rada. Uprkos činmjenice da su berze formalno samostalne u svom radu, njihovo funkcionisanje je u značajnoj meri pod uticajem pravne regulative kojom država definiše njihov rad i institucija koje su zadužene za kontrolu poslovanja berzi. Ovaj sistem međusobnih odnosa koji postoje između berzi, državne regulative i institucija koje su zadužene za kontrolu njihovog rada se naziva ko-regulacija i ona predstavlja veoma značajan segment okruženja u kom se obavljaju berzanske aktivnosti.

Pravno-organizacioni okvir berzanskog poslovanja se ogleda u tretiranju berzi kao organizacija čije se funkcionisanje zasniva na primeni principa samoregulacije, koji ima za cilj da omogući berzama da samostalno upravljaju svojim tržištima i da pružaju zaštitu svojim članovima od nekorektnih ili nezakonitih ponašanja drugih učesnika. Na ovaj način se izbegavaju potrebe za preteranim uplitanjem države u poslovanje berzi ili za kreiranjem pravne regulative koja može biti restriktivnija u odnosu na pravila berze. Upravo samo-regulacija poslovanja predstavlja jednu od najznačajnijih pravnih i organizacionih specifičnosti berze, koje, zahvaljujući njoj, imaju značajnu autonomiju u svom radu.[5]

Berze u potpunosti prihvataju i sprovode samo-regulatornu ulogu koju imaju, pri čemu one akcenat stavljaju na rigorozno sprovođenje svih svojih pravila, procedura i regulative, pokušavajući da na taj način spreče nastanak zloupotreba od strane njihovih članova. Jedna od osnovnih specifičnosti berzi se ogleda u

[5] Mishkin, F. &Eakins, S. (2014). *Financial Markets and Institutions (8th Edition) - Pearson Series in Finance.*London: Pearson.

činjenici da im njihova pravila poslovanja omogućavaju da prisile učesnike da se pridržavaju berzanske regulative.

ZNAČAJ NETO OBRTNIH SREDSTAVA

Obrtna sredstva se, u širem smislu, mogu definisati kao poslovna sredstva privrednog društva čija jednokratna upotreba dovodi do njihovog trošenja u poslovnim procesima. Da bi se određena sredstva posmatrala kao obrtna ona moraju najmanje jednom godišnje biti pretvorena iz robnog oblika u novčani. Neto obrtna sredstva predstavljaju posmatranje obrtnih sredstava u užem smislu. Ova sredstva predstavljaju jedan od najznačajnijih i najčešće korišćenih pokazatelja poslovanja privrednog društva i njihova vrednost se izračunava kao razlika između obrtnih sredstava (obrtne imovine) privrednog društva i njegovih kratkoročnih obaveza.[6] Neto obrtna sredstva predstavljaju onaj deo ukupnih obrtnih sredstava privrednog društva koji se finansira iz sopstvenih ili tuđih dugoročnih izvora. Ovaj pokazatelj je veoma značajan za kreditore zato što ukazuje na sposobnost privrednog društva da izmiruje sopstvene obaveze.

Ukoliko je razlika između obrtnih sredstava privrednog društva i njegovih kratkoročnih obaveza pozitivna, odnosno ukoliko su obrtna sredstva kojima preduzeće raspolaže veća od njegovih kratkoročnih obaveza, ono je likvidno odnosno solventno. S druge strane, ukoliko su obrtna sredstva privrednog društva manja od njegovih kratkoročnih obaveza ono je nelikvidno, odnosno nesolventno. Veća vrednost neto obrtnih sredstava ukazuje na veći stepen likvidnosti privrednog društva i njegovu veću sposobnost plaćanja obaveza. Pozitivan saldo neto obrtnih sredstava predstavlja osnovni preduslov uspešnog poslovanja privrednog društva.

Privredna društva tokom svog poslovanja imaju veliki broj različitih izvora priliva neto obrtnih sredstava, pri čemu se svi oni mogu klasifikovati u tri kategorije:[7]

---

[6] Slović, S. (2010). Savremeni finansijski menadžment. Beograd: Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanje.

[7] Malinić, D., Milićević, V. i Stevanović, N. (2012). *Upravljačko računovodstvo.* Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu.

– prilivi neto obrtnih sredstava koji nastaju kao rezultat redovnog poslovanja privrednog društva, u situacijama kada je vrednost priliva veća od vrednosti odliva;

– prilivi koji su nastali kao rezultat prodaje osnovnih sredstava privrednog društva i dugoročnih ulaganja u gotovinu, i

– prilivi koji su nastali dugoročnim zaduživanjem privrednog društva.

Kao najznačajnije kategorije odliva neto obrtnih sredstava izdvajaju se:[8]

– odlivi neto obrtnih sredstava koji nastaju kao rezultat redovnog poslovanja privrednog društva, u situacijama kada je vrednost odliva veća od vrednosti priliva;

– odlivi koji nastaju kao rezultat kupovine osnovnih sredstava ili dugoročnih ulaganja, i

– odlivi koji nastaju kao rezultat otplate dugoročnih zajmova privrednog društva.

Postoji veći broj razloga zbog kojih je vrednost neto obrtnih sredstava značajan finansijski pokazatelj poslovanja privrednog društva. Prvi razlog se ogleda u činjenici da ovaj pokazatelj svim zainteresovanim stejkholderima omogućava da na brz i jednostavan način procene likvidnost posmatranog privrednog društva i obim njegovih poslovnih obaveza. Drugi razlog predstavlja činjenica da veća vrednost neto obrtnih sredstava ukazuje na viši nivo finansijske stabilnosti privrednog društva, zato što ono koristi sopstvene izvore za finansiranje većeg dela obrtne imovine. Treće, analiza neto obrtne imovine privrednog društva omogućava njegovim trenutnim i potencijalnim kreditorima da steknu uvid u visinu tuđih izvora u ukupnoj masi imovine, na osnovu čega se može proceniti kapacitet privrednog društva za ponovno zaduživanje. Četvrti razlog značaja se ogleda u tome što analiza neto obrtnih sredstava privrednog društva tokom dužeg vremenskog perioda pruža mogućnost za sagledavanje njegove poslovne politike, iz perspektive njegovog odnosa prema izdvajanju sredstava u obrtni kapital, kao i iz ugla upravljanja njima.

Poslednji razlog se ogleda u činjenici da vrednost neto obrtnih sredstava predstavlja sintetički način donošenja zaključaka u vezi sa kvalitetom upravlja-

[8] Knežević, G., Stanišić, N., Mizdraković, V. (2017). *Analiza finansijskih izveštaja.* Beograd: Univerzitet Singidunum.

nja zalihama u privrednom društvu, njegovim potraživanjima i obavezama, kao i o tome da li ono ima pozitivan novčani tok.

Pozitivna vrednost salda neto obrtnih sredstava ukazuje na činjenicu da je privredno društvo sposobno da izmiruje sve svoje kratkoročne obaveze u roku njihovog dospeća, što ukazuje na nizak nivo poslovnog rizika koji se tokom poslovanja sa njim pojavljuje, ukoliko se on procenjuje na osnovu ovog kriterijuma.[9] Negativna vrednost salda neto obrtnih sredstava ukazuje na nemogućnost privrednog društva da izmiruje dospele obaveze o roku i na visok nivo poslovnog rizika.

U praksi se možemo susresti sa većim brojem uzroka koji dovode do nastanka negativne vrednosti salda obrtnih sredstava, od kojih se kao najznačajniji mogu izdvojiti:[10]

– ulazak privrednog društva u zonu prevelike zaduženosti;

– smanjenje obima prodaje;

– kraći rokovi plaćanja obaveza prema dobavljačima;

– smanjenje efikasnosti naplate potraživanja od kupaca, i

– značajne promene u kursu nacionalne valute i sl.

STRATEGIJE ZA PODIZANJE EFIKASNOSTI UPRAVLJANJA NETO OBRTNIM SREDSTVIMA

Strategije koje će se koristiti u cilju podizanja efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima se u značajnoj meri razlikuju u zavisnosti od delatnosti u kojoj privredno društvo posluje. Prilikom izbora strategije upravljanja neto obrtnim sredstvima, privredna društva moraju u obzir uzeti tri ključna faktora, na kojima se ona zasniva: efikasnije upravljanje zalihama; produžavanje rokova plaćanja dobavljačima, i skraćivanje rokova naplate potraživanja od kupaca.

U određenim delatnostima, poput maloprodaje različitih vrsta proizvoda, zalihe imaju dominantno učešće u imovini privrednog društva, zbog čega stra-

[9] Malinić, D., Milićević, V., Stevanović, N. (2012). *Upravljačko računovodstvo.* Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu.

[10] Knežević, G., Stanišić, N., Mizdraković, V. (2017). *Analiza finansijskih izveštaja.* Beograd: Univerzitet Singidunum.

tegije moraju biti prilagođene ovoj činjenici i one moraju stavljati akcenat na što manju količinu proizvoda koji će biti na zalihama, što kraće rokove naplate potraživanja od kupaca i što duže rokove plaćanja obaveza prema dobavljačima. Proizvodna privredna društva mogu, na primer, imati veoma visoke nivoe zaliha, za raziku od uslužnih delatnosti u kojima je učešće zaliha na veoma niskom nivou.

Kao što možemo videti na osnovu prethodnih primera, politika upravljanja zalihama koju privredno društvo koristi može u određenim delatnostima imati ključnu ulogu u efikasnosti upravljanja obrtnim sredstvima. Konkretne strategije podizanja efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima koje će biti korišćene u najvećoj meri zavise od ukupne vrednosti zaliha i vremena njihovog vezivanja. Donošenje pogrešnih odluka u segmentu upravljanja zalihama, kod privrednih društava u kojima one imaju veliko učešće, može dovesti do značajnih pogoršanja novčanih tokova, povećanja zaduženosti i troškova poslovanja, ulaska u zonu nelikvidnosti poslovanja i sl.[11]

Efikasno upravljanje zalihama podrazumeva skraćivanje trajanja gotovinskog ciklusa kroz podizanje vrednosti koeficijenta obrta ukupnih zaliha, koji predstavlja jedan od najčešće korišćenih pokazatelja efikasnosti njihovog korišćenja. Skraćivanje trajanja gotovinskog ciklusa zahteva ostvarivanje maksimalnog nivoa efikasnosti upravljanja svim oblicima zaliha koje u okvirima privrednog društva postoje, pri čemu u realizaciju ovog cilja moraju biti uključeni sve organizacione celine društva.

Produžavanje rokova plaćanja prema dobavljačima predstavlja segment strategije koji se zasniva na smanjivanju vrednosti novčanih sredstava kroz povećanje učešća koje dobavljači imaju kao izvor finansiranja privrednog društva. Korišćenje produžavanja rokova plaćanja prema dobavljačima predstavlja veoma značajan eksterni izvor kratkoročnih sredstava, pri čemu ono dovodi do smanjenja koeficijenta obrta dobavljača i povećanja vrednosti neto obrta gotovine, koji će za posledicu imati povećanje neto obrtnih sredstava kojima privredno društvo raspolaže.

Skraćivanje rokova naplate potraživanja od kupaca, kao treći element strategije za podizanje efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima podrazumeva smanjenje trajanja gotovinskog ciklusa privrednog društva, kroz ubrzavanje

[11] Malinić, D., Milićević, V., Stevanović, N. (2012). *Upravljačko računovodstvo.* Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu.

procesa naplate potraživanja koje ono ima od njegovih kupaca. Koeficijent obrta kupaca predstavlja osnovni pokazatelj efikasnosti naplate potraživanja koja privredno društvo ima od svojih kupaca. Oslobađanje finansijskih sredstava, do kog dolazi u slučaju povećanja vrednosti koeficijenta obrta kupaca, dovodi do rasta obima neto obrtnih sredstava kojima privredno društvo raspolaže, a koja mogu biti upotrebljena u cilju povećanja njegove likvidnosti ili ulaganja koja će dovesti do ostvarivanja većih nivoa profita.

Davanje odloženog plaćanja kupcima predstavlja neminovnost u savremenim uslovima poslovanja, pri čemu je veoma značajno da menadžment privrednog društva kreira strategiju koja će omogućiti ostvarivanje maksimalnih prodajnih efekata, uz minimalno trajanje vezivanja kapitala u potraživanjima od kupaca i njihov najmanji mogući iznos. Kao jedan od veoma korisnih elemenata strategije za podizanje efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima u praktičnoj primeni se pokazao faktoring, odnosno prodaja potraživanja od kupaca pre roka njihovog dospeća specijalizovanim finansijskim institucijama koje se bave ovim poslovima.

Medju strategijama za efikasno upravljanje neto obrtnim sredstvima na berzi posebno mesto u okviru moderne portfolio nauke, zauzima teorija koja polazi od hipoteze koju je postavio Hari Markovitz u njegovom radu "Odabir portfolija", a zasnovana je na ideji da investitori koji izbegavaju rizik mogu da konstruišu portfolio koji je optimalan i time maksimiziraju očekivane prihode uz smanjenje rizika. Po Markovitzu, moderna portfolio teorija polazi od pretpostavke da investitori izbegavaju rizik. U situaciji kada postoji dva različita portfolija koji nude isti nivo povraćaja sredstava, investitori se opredeljuju za onaj koji je manje rizičan. Iz ovog se može zaključiti da investitori po pravilu preuzimaju značajniji rizik samo u situaciji kada se očekuje bitno veći prinos na hartiju od vrednosti. Pri ovom treba imati u vidu i da različiti investitori različito sagledavaju rizik, polazeći od individualnog shvatanja rizika.

ZAKLJUČAK

Berze već vekovima predstavljaju jedan od najznačajnijih elemenata tržišta, bez kojih nije moguće zamisliti poslovanje na savremenim tržišnim principima. Njihov osnovni zadatak je da omoguće kreiranje realnih tržišnih cena različitih

vrsta dobara i da omoguće neometanu i sigurnu trgovinu njima. Maksimalno korišćenje svih potencijala koje berzansko poslovanje sa sobom donosi nije moguće bez precizno i jasno definisanog pravno-organizacionog okvira uz pomoć kog se regulišu sve aktivnosti koje se na njima odvijaju. Konkretan pravno-organizacioni okvir uz pomoć kog se reguliše rad pojedinih berzi u značajnoj meri zavisi i od specifičnosti poslovne prakse i zakonske regulative koja je važeća u njihovim domicilnim zemljama.

Efikasno upravljanje neto obrtnim sredstvima predstavlja jedan od osnovnih preduslova uspešnog poslovanja privrednih društava. Neophodno je da menadžment privrednog društva definiše optimalni nivo neto obrtnih sredstava, koji će omogućiti neometano poslovanje i likvidnost, uz istovremeno obezbeđivanje minimalnih mogućih troškova poslovanja. Na izbor strategije koja će se koristiti u cilju podizanja efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima najveći uticaj imaju vrednost zaliha, rok plaćanja obaveza prema dobavljačima i vremensko trajanje perioda naplaćivanja potraživanja od kupaca. Strategija za podizanje efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima mora da obezbedi optimalnu kombinaciju navedenih faktora, koja će omogućiti ostvarivanje maksimalnih vrednosti prodaje i likvidnosti poslovanja privrednog društva, uz minimalne iznose angažovanih finansijskih sredstava.

ČETVRTA KATEDRA

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU

Industrijska svojina i Autorsko pravo

DIMITRIJE P. MILIĆ

SUSPENZIJA ISKLJUČIVIH PRAVA AUTORA I PRAVA NA NAKNADU

UVOD

Autorsko delo je, prema zakonskoj definiciji originalna intelektualna tvorevina koja je rezultat licnih napora autora izraženih u odredjenoj formi. Da bi se jedno delo smatralo autorskim delom nisu od značaja umetnička,naučna ili druga vrednost dela, ni njegova namena, obim,sadržina dela, kao ni vrsta,način i oblik kojim je autorsko delo izraženo, niti dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.

Lice koje je stvorilo autorsko delo je autor dela, a on je i nosilac autorskog prava. Nosilac autorskog prava može biti i lice koje nije autor, a koje je u skladu sa zakonom steklo autorsko pravo. Autor dela može biti samo fizičko lice. Medjutim, Zakon o zaštiti autorskih prava iz 1946. godine priznavao je državi autorska prava u vezi sa književnim i umetnički narodnim tvorevinama.

SADRŽINA AUTORSKOG PRAVA

Sadržinu autorskog prava čine autorska moralna prava i imovinska prava autora. Autorska moralna prava predstavljaju vrstu ličnopravnih ovlašćenja koja

---

Dimitrije P. Milić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije, sada advokat u Beogradu.

pripadaju autoru kao intelektualnom tvorcu dela. Ta ovlašćenja su vezana za ličnost autora kao stvaraoca dela i za autorsko delo koje je stvorio. Ta ovlašćenja su apsolutna, deluju prema svima erga omnes. Autorska moralna prava su trajna, ne mogu zastareti, što je rezultat njegove vezanosti za ličnost autora i njegovo delo. Ova prava su u neposrednoj vezi sa autorskim imovinskim pravima, pošto ona zajedno čine sadržinu autorskih prava. Neka od autorskih moralnih prava u sebi imaju i elemente autorskih imovinskih prava, što se posebno odnosi na pravo objavljivanja.

Zakon o autorskom i srodnim pravima uredjuje moralna prva i to: pravo paterniteta, pravo objavljivanja, pravo na zaštitu integriteta dela, pravo na suprotstavljanje nedostojnom iskorišćavanju dela.[1]

Opšte je prihvaćeno da je autor dela i izvorni nosilac autorskih prava i ne može biti ograničen u pogledu autorskih moralnih prava. Nepovredivost dela i autora su principi koje je prihvatila sudska praksa.

Autorska i moralna prava priznaje i štiti Bernska konferencija za zaštitu književnih i umetničkih dela. "Nezavisno od imovinskih prava autora, čak i posle ustupanja ovih prava, autor zadržava pravo na priznanje da je on tvorac dela i da se protivi svakom iskorišćavanju, sakaćenju i drugoj izmeni dela ili svakoj drugoj povredi dela što bi išlo na štetu njegove časti ili ugleda.[2]"

IMOVINSKO-PRAVNA OVLAŠĆENJA AUTORA

Autor ima pravo na ekonomsko iskorišćavanje svog dela i dela koje je nastalo preradom njegovog dela. Za svako iskorišćavanje autorskog dela od strane drugog lica autoru pripada naknada, ukoliko zakonom ili ugovorom nije drugačije odredjeno.

Autor intelektualni tvorac dela stiče ovlašćenja da iz svog autorskog dela izvlači ekonomske koristi, da razmenjuje rezultate svog intelektualnog rada, pa stiče pravo da odlučuje, da odobrava ili zabrani drugim licima iskorišćavanje svog dela i odredi način iskorišćavanja.

---

[1] Zakon o autorskom i srodnim pravima ("Službeni list RS, br. 104/2009") o moralnim pravima autora čl. 14-18. Pravni život, broj 11-12/94; Dimitrije Milić: lično – pravna ovlašćenja i njihova potvrda.

[2] Čl. 6 bis Bernske konvencije.

Iskorišćavanje autorskog dela može se vršiti na različite načine: objavljivanjem, preradjivanjem, reprodukovanjem, umnožavanjem, obradjivanjem, izvodjenjem, prenošenjem, prevodjenjem, snimanjem, predstavljanjem, izlaganjem i na drugi način, zavisno od vida i karaktera dela. To su neki od značajnih vidova iskorišćavanja autorskog dela. Pojava i razvoj novih tehnologija, informatike i dr. proširivaće i sadržinu iskorišćavanja autorskih dela, što će se dopunjavati kroz nova praktična rešenja. Pojava interneta stvara delove za pristup raznim stručnim, poslovnim, naučnim i drugim informacijama, za razmenu iskustava i dr., ali i mogućnost da se autorska dela iskorišćavaju suprotno zakonu.

ZASP posebno uredjuje pitanje imovinskih prava autora i iskorišćavanja i to: pravo na beleženje i umnožavanje; pravo stavljanja primerka dela u promet; pravo davanja primerka dela u zakup; pravo davanja primerka računarskog programa na poslugu; pravo izvodjenja; pravo predstavljanja; pravo prenošenja izvodjenja ili predstavljanja; pravo emitovanja; pravo reemitovanja; pravo na javno saopštavanje, uključujući interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti; pravo na prilagodjavanje aranžiranje i drugu izmenu dela; pravo javnog saopštavanja dela koje se emituje; pravo javnog saopštavanja dela s nosača zvuka ili slike[3].

Zakonom se regulišu i imovinska prava autora i to: pravo autora prema vlasniku primerka autorskog dela koja objavljaju; pravo na pristup primerku dela; pravo sledjenja; pravo zabrane izlaganja originalnog primerka dela likovne umetnosti; preče pravo autora na preradu primerka dela arhitekture; pravo autora na posebnu naknadu i pravo na naknadu za davanje dela na poslugu.[4]

OGRANIČENJE AUTORSKOG PRAVA

U autorskom pravu kao i u drugim pravima koja su isključiva, apsolutna, dolazi do kompromisa različitih interesa, individualnih interesa nosilaca subjektivnih prava s jedne strane i društvenih interesa s druge strane. Razlozi celishodnosti su nalagali da se u suprotnosti tih interesa putem zakona, u odredjenim slučajevima, putem posebnih pravila, zalazi i u prava autora, kada su u pitanju autorska imovinska prava. Prihvaćeno i u medjunarodnom pravu da u sukobu izmedju autora i njegovih interesa i kolektivnih interesa daje se prednost društvenim interesima. U postojanju sukoba tih interesa, koji nose u sebi opšte interese,

[3] Čl. 20–33 ZASP.

[4] čl. 34–40 ZASP.

autorska imovinska prava treba ograničiti u korist kolektivnih interesa. Tim ograničenjima ne mogu se vredjati autorska moralna prava. U slučaju iskorišćavanja autorskog dela i ograničenja autorskog prava ''moraju se navesti ime autora dela i izvor iz koga je delo preuzeto (izdavač dela, godina i mesto izdanja, časopis, novina, televizijska ili radio-stanica gde je delo, odnosno odlomak dela izvorno objavljen ili neposredno preuzet i sl.).''[5]

Obim ograničenja isključivih prava u svakom konkretnom slučaju ''ne sme biti u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela niti sme nerazumno vredjati legitimne interese autora.''[6] Navedenom odredbom zakonodavac je postupio u skladu sa odredbom člana 13 TRIPS-a i odredbama čl. 5 st 5 Direktive o informatičkom društvu. Član 13 TRIPS-a predvidja da ograničenja isključivih prava moraju da se kreću u okvirima koji ne povredjuju legitimne interese nosilaca prva. Bernskom konvencijom je predvidjeno da se autorima književnih i umetničkih dela daju odobrenja za reprodukovanje ''pod uslovom da ovo reprodukovanje ne ide na štetu redovnog korišćenja dela i da ne nanosi neopravdanu štetu zakonitim interesima autora.''[7]

SUSPENZIJA ISKLJUČIVIH PRAVA I PRAVA NANAKNADU

a) Odredjeni oblici iskorišćavanja autorskog dela mogu se koristiti i bez dozvole autora i bez plaćanja naknade. U takvim slučajevima suspenduju se prava autora. Objavljeno autorsko delo može se umnođavati i javno saopštavati radi sprovodjenja postupka pred sudom ili drugim državnim organima.

b) Informisanje javnosti preko sredstava informisanja o tekućim dogadjajima dozvoljeno je bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade i to umnožavanje primeraka dela i vršenje svih drugih oblika javnog saopštavanja dela. To se može činiti pod uslovima koji su predvidjeni zakonom, a to su: da je delo objavljeno, da se delo pojavljuje kao sastavni deo tekućeg dogadjaja o kome se javnost izveštava i da umnožavanje primeraka dela kao i drugi oblici javnog saopštavanja vrše samo u onom obimu koji odgovara svrsi i načinu izveštavanja o tekućem dogadjaju.

[5] Čl. 41 ZASP.

[6] Čl. 41 st, 2 ZASP.

[7] Čl. 9. st. 2 Bernske konvencije.

Kada se radi o govoru, besedi ili drugom delu iste prirode delo se može objaviti ili umnožiti u celini bez saglasnosti autora i bez plaćanja nakdade.

c) Umnožavanje kratkih odlomaka objavljenih dela za nekomercijalne svrhe nastave, ispita ili naučnog istraživanja dozvoljeno je bez odozvole autora i bez plaćanja autorske naknade.

Radi nastave bez autorizacije dozvoljeno je umnožavanje odredjenih slika, skulptura i drugih dela likovne umetnosti, pojedinih delova pripovedaka, pesama i dr. dela iz književnosti, istorije, pojedinih dokumenata koji imaju autorski karakter i dr. Suspenzija se odnosi na uži krug, manju grupu učenika ili studenata.

d) Suspenzija se odnosi na umnožavanje dela od strane javnih biblioteka, obrazovnih domova, muzeja i arhiva,samo za sopstvene arhivne i nekomercijalne svrhe.

e) Jedan od vidova suspenzije isključivog ovlašćenja i prava na naknadu odnosi se na umnožavanje dela za lične nekomercijalne potrebe fizičkog lica. Prihvaćeno je i u uporednom pravu i ZASP da se dozvoljava pravo umnožavanja primerka objavljenog dela za lične nekomercijalne potrebe, a ne u svrhe koje nisu u skladu sa tom namerom pa se ne može umnožavati za neki drugi cilj ili u nekom drugom obliku iskorišćavanja ili saopštavanja. Ukoliko se delo umnožava u više primeraka i stavlja u promet to ne bi bilo u skladu sa zakonom, jer bi se u tom slučaju izlazilo iz okvira privatne upotrebe i potreba ličnog usavršavanja. Umnoženi primerci ne smeju se stavljati u promet niti koristiti za drugi oblik iskorišćavanja.

Član 46 ZASP koji uredjuje ovo pitanje predvideo je pet slučajeva: kada se ne primenjuje na snimanje izvodjenja predstavljanja i prikazivanja; trodimenzionalnu realizaciju planova za dela likovne umetnosti; pravljenje nove gradjevine po uzoru na postojeću gradjevinu koja je autorsko delo i računarske programe.

Kada se autorsko delo koristi za lične nekomercijalne potrebe autor autorskog dela ima pravo na posebnu naknadu u skladu sa odredbama člana 39 ZASP.

f) Kada je autorsko delo računarski program dozvoljeno je licu koje je na zakonit način pribavilo primerak računarskog programa da radi sopstvenog uobičajenog namenskog korišćenja programa da bez dozvole autora i bez plaćanja naknade: da smesti program u memoriju računara i pusti program u rad; da otklanja greške u računaru i vrši neophodne izmene u računaru u skladu sa njegovom svrhom ukoliko nije drugačije ugovorena, da sačini jedan rezevni program i da izvrši dekompilaciju programa radi pribavljanja neophodnih podataka za njegove potrebe precizirane odredbom člana 47 stav 1 tačka 4 ZASP.

Podaci koji se dobiju izvršenim radnjama ne smeju se saopštavati drugima ili koristiti za druge svrhe. Sve radnje može izvršiti lice koje je na zakonit način pribavilo primerak računarskog programa ili drugo stručno lice koje radi po njegovom nalogu.

g) Privremeno umnožavanje autorskog dela dozvoljeno je bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade pod uslovima da je umnožavanje prolazno ili slučajno, da umnožavanje čini sastavni i bitni deo tehničkog programa, da je svrha umnožavanja da omogući prenos podataka u računarskoj mreži izmedju dva ili više posrednika, ili da omogući zakonito korišćenje autorskog dela i da umnožavanje nema zaseban ekonomski značaj.

Ovakav vid suspenzije se uvodi prvi put u naše zakonodavstvo, jer je to bilo nužno u komunikacijama poput interneta.

h) Dozvoljeno je bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade umnožavanje i drugi oblici javnog saopštavanja kratkih odlomaka autorskog dela, prava citiranja, pod uslovima da je delo oblavljeno, da se dela objavljuju bez izmena, integrišu u drugo delo ako je to neophodno radi ilustraciju,potvrde ili reference, uz jasnu naznaku da se radi o citatu i gde je delo objavljeno, odnosno izdato.

i) Autor dela ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli emitovanje svoga dela, što je detaljno regulisano odredbom člana 28 ZASP, a posebno pojam emitovanja.

Suspenzija isključivih prava i prava na naknadu odnosi se na organizacije za radiodifuziju koje imaju dozvolu za emitovanje dela da to delo snimi na nosač zvuka i slike radi emitovanja u sopstvenoj emisiji. Ukoliko je autor dela dao dozvolu za emitovanje dela organizaciji za radiodifuziju stiče pravo da to delo snimi radi tog emitovanja i za to joj nije potrebna dozvola autora i zato ne plaća autorsku naknadu. Radi se o tzv. efemernim snimcima, snimcima koji posle emitovanja moraju biti izbrisani, sem u slučajevima kada se predaju arhivi na čuvanje.

Po isteku roka od 90 dana po emitovanju dela snimci se moraju izbrisati, a mora se sačuvati u zvaničnoj javnoj arhivi ukoliko snimak ima dokumentarnu vrednost.

Snimljeno delo ne može, se ponovo emitovati bez dozvole autora.

j) Pojedina autorska dela trajno se izlažu na javnim mestima, trgovima, parkovima, ulicama i drugim otvorenim javnim mestima. Najčešće su u pitanju dela arhitekture, mostovi, zgrade, stanovi, planovi i skice idejni rešenja odredjenog prostora i slično. Tu spadaju i dela primenjene umetnosti i industrij-

skog oblikovanja, kartografska dela, fotografska dela, dela likovne umetnosti kao spomenici,slike, crteži,skice, grafike i dr. Takva dela su trajno izložena na javnim mestima pa je dozvoljeno bez dozvole i plaćanja naknade snimati ih, skicirati, emitovati i javno saopštavati. Tako javno izložena dela mogu se iskorišćavati, umnožavati na nosaču slike i zvuka (film, video-traka, optički disk i dr.) i tako umnoženi primerci mogu se stavljati u promet i na drugi način javno saopštavati. Dela se mogu prikazivati preko filma, dijapozitiva, folije, na ravnoj površini, dvodimenzijonalno.

Postavljanje autorskih dela na ulici ili parku je vid odricanja od nekih imovinskih prava jer se stavljaju na neki način u javnu sferu i postaju deo okoline gde se nalaze. Fotokopiranje dela, njihovo snimanje i emitovanje, ukoliko bi se ograničilo, bilo bi od štete za predeo gde se nalaze, jer se iskorišćavanjem mogu praviti razglednice, katalozi, reklame, filmske reportaže i sl., a da se za to ne traži dozvola autora i ne plaća autorska naknada.

Postavljanje autorskih dela na javnim mestima i njihovo javno iznošenje ima elemente odricanja autora od odredjenih imovinskih prava u javnom interesu. Autor nije u mogućnosti da kontroliše fotografisanje, filmsko snimanje i emitovanje javno i trajno izloženih dela. Tako izložena dela koriste se i za postizanje odredjenih kulturnih, propagandnih, komercijalnih i drugih ciljeva, što može uticati na autora i na ostvarivanje autorskog dela u ekonomskom smislu, jer druga lica a ne autor od toga stiču ekonomsku korist prodajom razglednica, izradom kataloga, reklama, filmskih reportaža i slično. Traženje dozvole od autora za takav vid iskorišćavanja nije moguće. Odsustvo autora od takvog vida ekonomskog iskorišćavanja dela podleže kritici i zahteva pronalaženje odredjenih rešenja da i autor ostvaruje odredjene prihode od takvog iskorišćavanja dela, koje bi snosilo lice koje stiče korist od takve delatnosti.

m) Organizovanje javnih izložbi odredjenih autorskih dela i njihova javna prodaja je sastavni deo kulture jednoga naroda. Takve manifestacije,izložbe i prodaje,koje su javne prati izrada odredjenih kataloga dela, spiska izloženih dela. Za izradu takvih kataloga nije potrebno tražiti dozvolu autora i ne plaća se autorska naknada pa je dozvoljeno odgovarajuće umnožavanje dela koja su izložena i stavljena u promet tako umnoženih primeraka.

n) Uredjaji za snimanje, reprodukovanje i prenos zvuka i slike kao što su televizijski i radio aparati, magnetofoni,video-rekorderi, računari i sl. izlažu se radi prodaje u prodavnicama, sajmovima,salonima i drugim mestima radi demonstriranja uredjaja i njihovoh rada. Na tim mestima gde se demonstriraju ti uredja-

ji dopušteno je, bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade umnožavanje autorskih dela na nosač zvuka i slike i sa njih javno saopštavanje kao i javno saopštavanje dela koje se emituje. To se mora činiti u meri i obimu u kojoj je to neophodno za demonstriranje uredjaja i rada uredjaja. Snimci koji se naprave moraju se brisati odmah po prestanku demonstracije rada uredjaja.

o) ZASP je uveo novo ograničenje autorskog prava koje se uvodi u korist lica sa invaliditetom. Za njihove potrebe dozvoljeno je umnožavanje i stavljanje u promet autorskog dela ako to delo ne postoji u traženom obliku, ako je njegova upotreba u direktnoj vezi sa invaliditetom tih lica i u obliku koji zahteva ostvarivanje posredne ili neposredne imovinske koristi. Ovakav vid ograničenje predvidele su i neke države Evropske unije.[8]

Medjunarodno pravo priznaje odredjena ograničenja autorskih prava. To priznaje i Bernska konvencija i predvidja slobodnu upotrebu autorskog dela bez dozvole autora i bez obaveze plaćanja autorske naknade. Zakon o autorskom pravu SAD koji je dopunjen 2000. godine ograničava ekskluzivna prava autora što je obradjeno u referatu Dr Ljiljane Rudić-Dimić: Ograničenja ekskluzivnih autorskih prava Zakon o autorskom pravu SAD.[9]

ZAKONSKA LICENCA

Zakonska licenca je vid ograničenja,suspenzije autorskih prava za čije se iskorišćavanje ne traži dozvola autora uz obavezno plaćanje autorske naknade, ali uz apsolutno poštovanje autorskih moralnih prava.

Zakonskom licencom se omogućava iskorišćavanje autorskog prava bez dozvole ali uz obavezno plaćanje autorske naknade u državnim organima, obrazovnim institucijama i javnim bibliotekama umnožavanje, za potrebe nastave ili naučnog istraživanja, na papiru ili sličnom nosaču,odlomaka iz publikacija putem fotokopiranja ili bilo kojeg oblika fotografske ili slične tehnike koja daje slične rezultate. Navedeno zakonsko rešenje se ne odnosi na notni zapis muzike.[10]

Uvodjenjem zakonske licence na način kako je precizirano u Zakonu štite se javni interes i interesi korisnika autorskih dela.

---

[8] O suspenziji isključivih prava i prava na naknadu, čl. 42-54 ZASP.

[9] Dr Ljiljana Rudić-Dimić: Ograničenja ekskluzivnih autorskih prava Zakon o autorskom pravu SAD.

[10] Član 53 ZASP.

Bez dozvole autora ili uz plaćanje autorske naknade i poštovanje autorskih moralnih prava dozvoljeno je umnožavanje i stavljanje u promet primeraka dela i drugih oblika javnog saopštavanja, i to članaka objavljenih u drugim sredstvima javnog informisanja. Iskorišćavanje članaka u tim slučajevima mora se na tekuća društvena pitanja koja su aktuelna i članci se moraju odnositi na to pitanje. Mora biti reč o aktuelnom društvenom pitanju značajnom u vremenu objavljivanja i tim člankom se doprinosi pretresanju, razmatranju, ilustraciji odredjenog pitanja od javnog društvenog interesa, a odnose se na tekuća ekonomska, politička ili verska pitanja, a da autor nije izričito zabranio.

Autorska naknada se ne plaća ako se iskorišćavaju samo kratki odlomci iz komentara ili članaka[11]

Pojedina autorska dela se izlažu trajno i javno na ulicama, trgovima, parkovima i drugim otvorenim javnim mestima pa se na taj način čine dostupnim širem krugu javnosti. Ta dela se mogu bez dozvole autora uz obavezu plaćanja autorske naknade trodimenzijonalno umnožavati ako su izložena trajno na otvorenim javnim mestima,kao što su trgovi, ulice, parkovi i slično i stavljanje tih umnoženih dela u promet, osim u slučajevima koje zakon izričito i nabraja. Umnožavanje dela, spomenika u sve tri dimenzije (dužina, širina i visina), honografski potpuno, u celini, može se vršiti i delo staviti u promet osim ako se primerak dela skulpture dobije otiskom iz originalnog kalupa, iz kojeg je dobijen i primerak koji je trajno izložen na otvorenom javnom mestu ili iz kalupa koji je načinjen otiskivanjem sa primerka dela skulpture, kao i u slučajevima ako se pravi nova gradjevina po uzoru na postojeću gradjevinu i ako se proizvod oblikuje prema delu primenjene umetnosti.[12]

ZAKLJUČAK

Sadržinu autorskog prava čine autorska moralna prava i imovinska prava autora. Moralna prava autora su lično-pravna ovlašćenja vezana za ličnost autora i njegovo delo. Radi se o apsolutnim pravima, koja su apsolutna, erga omnes i ne zastarevaju. Moralna prava autora prema ZASP su: pravo paterniteta,pravo na naznačenje imena autora,pravo objavljivanja, pravo na zaštitu integriteta dela, i pravo na suprotstavljanje nedostojnom iskorišćavanju dela.

[11] Član 57 ZASP.

[12] Član 57 ZASP.

Autor ima pravo na ekonomsko iskorišćavanje svog dela i dela koje je nastalo preradom njegovog dela. Za svako iskorišćavanje autorskog dela od strane drugog lica autoru pripada naknada ako zakonom ili ugovorom nije drukčije određeno.

Imovinska autorska prava se mogu ograničavati ali se moralna autorska prava moraju poštovati. Suspenzije isključivih prava autora i pravoana naknadu dolazi kada se autorsko delo iskorišava bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade. U sukobu interesa izmedju autora i kolektivnih društvenih interesa, javnih interesa daje se prednost društvenim interesima.

BOŽIN VLAŠKOVIĆ

OPASNOSTI ZAMENE POSLE KUPOVINE U EVROPSKOM I NEMAČKOM PRAVU ŽIGA

UVOD

Opasnost zamene je jedan od primarnih pojmova prava žiga, iako je koncepcija ovog prava značajno promenjena u nizu aspekata, a naročito uvođenjem posebne zaštite poznatih žigova. Značaj opasnosti zamene je, na primer, već nedvosmisleno naglašen u Prvoj direktivi br. 89/104/EEZ od 21. decembra 1988. godine za usklađivanje zakona država članica u odnosu na pravo žiga[1] (u daljem tekstu: Prva direktiva br. 89/104/EEZ), koja je osnov za kasniji razvoj evropskog prava žiga. Tako je u čl. 5, ovog propisa istaknuto da titular registrovanog žiga ima isključivo pravo da koristi oznaku kada na osnovu identičnosti ili sličnosti oznake sa žigom i idendičnosti ili sličnosti proizvoda ili usluga postoji opasnost zamene

Dr Božin Vlašković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

[1] First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 40, 11. 2. 1989, стр. 0001 - 0007. Ovaj propis kodifikovan je 22. 10. 2008. godine. Directive 2008/95/EC of the European Parliament and the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 299, 8. 11. 2008, 25 - 32. Najnovija usklađivanja ovog propisa objavljena su 23.12.2015. godine sa krajnjim rokom za implementaciju do 14.3.2019. godine.Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal* L 336, 23. 12. 2015, 1 - 26.. S obzirom na predmet i cilj ovog rada koristićemo prvi, izvorni oblik ovog propisa.

za publiku, koja uključuje opasnost da oznaka bude misaono dovedena u vezu sa žigom. Za pojam opasnosti zamene posebno je značajna tač. 10, Preambule navedene direktive prema kojoj je cilj zaštite registrovanog žiga garantovanje funkcije upućivanja na poreklo. Ova zaštita je apsolutna u slučaju identičnosti ili sličnosti između žiga i oznake, kao i između identičnosti ili sličnosti proizvoda i usluga. U svakom slučaju, neophodno je da se pojam sličnosti tumači sa stanovišta opasnosti zamene, koja je specifični uslov za zaštitu. Postojanje opasnosti zamene zavisi od velikog broja okolnosti, kao što je poznatost žiga na tržištu, misaone veze koja se oznakom može izazvati prema registrovanom žigu ili od stepena sličnosti između žiga i oznake i između njima obeleženih proizvoda ili usluga.

Ističemo da je formulacija tač. 10, Preambule navedene direktive u novije vreme otvorila, između ostalih, pitanje da li je opasnost zamene apstraktnog ili konkretnog karaktera, kao i pitanje odnosa između prava žiga i prava konkurencije. U tom kontekstu, Evropski sud zastupa stanovište da je opasnost zamene konkretna, a Savezni vrhovni sud Nemačke da je u pravu žiga opasnost zamene apstraktna, a u pravu konkurencije konkretna.[2]

Pojam opasnosti zamene, a time i kriterijumi za njeno utvrđivanje, kao što su, na primer, sličnost oznaka i sličnost proizvoda ili usluga određuju se normativno prema shvatanju u prometu. Odlučujuće je razumevanje prosečno informisanog, pažljivog i razboritog potrošača. Ovakva slika prosečnog potrošača vezuje se za određivanje konkretno merodavnih prometnih krugova. Navedenim terminom "publika" obuhvaćeni su prometni krugovi koji su sastavljeni od aktuelnih ili potencijalnih kupaca konkretnih proizvoda ili usluga.[3] Drugim rečima, prometnim krugovima označavaju se lica koja dolaze u kontakt sa ponuđenim proizvodima ili uslugama i koja učestvuju u njihovom sticanju.

U evropskim i nemačkim propisima o žigu nije određen momenat u kojem mora postojati opasnost zamene. Teorijski se može govoriti o opasnosti zamene pre donošenja odluke o kupovini, u trenutku kupovine i posle kupovine. Nesporno je da opasnost zamene mora postojati u momentu kupovine, a sporno je da li se o njoj može govoriti i u slučaju da ona nastane posle izvršene kupovine. Reč je o doktrini "*post sale confusion*", koja je nastala u američkom pravu žiga, s obzi-

[2] Božin Vlašković, *Apstraktna i konkretna opasnost zamene u pravu žiga*, Pravo i privreda, 7-9/2018, 68.

[3] Alexander Carl Kappes, *Verwechslungsgefahr nach dem Kauf (‚Post-sale-confusion') im Marken und Wettbewerbsrecht,* Nomos, Baden-Baden 2011, 81.

rom na njegove specifičnosti i razlike u poređenju sa kontinentalnim pravom.[4] U ovom radu analizirali smo, sa praktičnog i teorijskog aspekta, da li je ova doktrina primenljiva u evropskom i nemačkom pravu.

POJAM POSLOVNOG PROMETA U PRAVU ŽIGA

Opšti uslov za utvrđivanje povrede žiga je upotreba oznake u poslovnom prometu. Sa stanovišta prava žiga pojam poslovnog prometa identičan je ovom pojmu u pravu nelojalne konturencije, te su i principi njegovog tumačenja isti. Upotreba ili postupanje u poslovnom prometu je svaka privredna delatnost na tržištu, čija je svrha unapređivanje sopstvenih ili tuđih poslovnih ciljeva.[5] Poslovni cilj pri tom može da bude ma koje prirode, tako da, na primer, poslovni promet obuhvata i delatnost slobodnih profesija kao što su: lekari, advokati i umetnici. Za pojam poslovnog prometa nije neophodna namera sticanja dobiti.

Žig služi razlikovanju porekla proizvoda u svrhe poslovnog prometa, pa se, shodno tome, pravo zabrane titulara žiga odnosi na protivpravno obeležavanje u poslovnom prometu. U interesu delotvorne zaštite žiga pojam upotrebe oznake u poslovnom prometu ne može se usko tumačiti. Međutim, pravo zabrane ne postoji kada se upotreba žiga ne odvija u vezi sa poslovnim prometom, već u vezi sa privatnom upotrebom, odnosno u vlastite svrhe. Ovakva upotreba je sa stanovišta prava žiga načelno slobodna. Na primer, dozvoljeno je da tuđi žig bude zadržan na repariranoj mašini ukoliko ona služi vlastitoj upotrebi lica koje je izvršilo reparaciju ili njegovog nalogodavca.[6]

Pojmom privatne upotrebe, na primer, nije obuhvaćeno korišćenje sredstava za pranje i peškira u javnim toaletima.[7] Naime, ovim mogućnostima otvoren je pristup neodređenoj skupini ljudi i to nezavisno od činjenice da li je reč o javnoj upotrebi ili je takva mogućnost dostupna samo zaposlenima u tim pre-

---

[4] Ansgar Ohly, *Post-sale confusion?*, in: W. Büscher u.a. (Hrsg.), Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, Beck, München 2016, 617.

[5] Karl Fezer, *Markenrecht*, 3. Auflage, München 2001, 645.

[6] Božin Vlašković, *Korišćenje znaka kao uslov za povredu robnog i uslužnog žiga.* U: MIĆOVIĆ, Miodrag (ur.) "XXI vek-vek usluga i uslužnog prava" [Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 5. maja 2011. godine, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu]. Kragujevac: Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, 2011, 570.

[7] Zaključak Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 10. 2. 1987, "Handtuchspender"KZR 43/85 , Neue Juristische Wochen 12/1987, 2016.

duzeća. Prema smislu i svrsi žiga, on se načelno odnosi na sve situacije u kojima se nekoj neodređenoj množini osoba nudi proizvod obeležen žigom, pri čemu nije neophodno da je to vezano za naknadu.[8] U istom smislu je Savezni vrhovni sud Nemačke u jednoj kasnijoj presudi istakao da se naknadno punjenje dozera sredstvom za čišćenje u javnim toaletima dešava u okvirima poslovnog prometa, jer su mogućnosti upotrebe dostupne neodređenoj množini osoba.[9] Pri tome, nije od značaja činjenica da li ove osobe u vezi korišćenja ponuđenih proizvoda imaju mogućnost izbora, već je odlučujuće da su korisnicima ponuđeni proizvodi (prim. autora: peškiri za ruke) obeleženi oznakom kojom se ukazuje na njihovo poreklo. Naime, u kontekstu definisanja upotrebe oznake u poslovnom prometu, glavno je pitanje da li je svaka njena upotreba, bez obzira na vrstu i prirodu korišćenja, dovoljna da bude osnov za povredu žiga ili su neophodni posebni kvalifikativi vezani za samu upotrebu.[10]

PRAKSA EVROPSKOG SUDA O OPASNOSTI ZAMENE POSLE KUPOVINE

U evropskom pravu žiga presuda "*Arsenal Football Club plc*" Evropskog suda često se uzima kao dokaz da se opasnost zamene posle kupovine smatra kao relevantna.[11] Osnovni problem koji je razmatran u ovoj presudi bio je da li postoji upotreba kao žig kada merodavni prometni krugovi žig ne smatraju kao upućivanje na poreklo proizvoda, nego kao izraz poverenja i lojalnosti određenom sportskom klubu. Pitanje opasnosti zamene posle kupovine nije sadržano u prethodnim pitanjima koja su upućena Evropskom sudu na razmatranje, niti je razmotreno u mišljenju datom od generalnog pravozastupnika u ovom procesu.[12]

Međutim, Evropski sud se, bez obrazloženja poziva na opasnost zamene posle kupovine. Naime, sud je ustanovio povredu žiga s obzirom da se korišćenjem Arsenalove oznake izaziva utisak da u poslovnom prometu postoji veza između

[8] Isto.

[9] Zaključak Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 16.3.2006, I ZR 51/03 "Seifenspender", tač.12, dostupno na: https://dejure.org/.../rechtsprechung?...I%20ZR%2051/03.

[10] Ksenija Vlašković, *Razvoj pravne zaštite poznatih žigova u nemačkom pravu i pravu Evropske unije,* Institut za uporedno pravo- Beograd, Kragujevac 2016, 112.

[11] Ansgar Ohly, *navedeni članak,* 619.

[12] Schlussanträge des Generalanwalts Damaso Ruiz-Jarabo Colmer, 13.6.2002, dostupno na: *infoCuria, C-206/01.*

proizvoda i titulara žiga. Ovakav zaključak se, po stanovištu suda ne može osporiti činjenicom da se na prodajnim mestima nalaze ukazivanja da nije reč o oficijelnim proizvodima Arsenala. Evropski sud ne isključuje mogućnost da se u postupku zbog povrede žiga lice, koje koristi zaštićenu oznaku, u cilju svoje odbrane može pozvati na takva ukazivanja. Međutim, u ovom slučaju se ne može govoriti o takvoj mogućnosti, s obzirom na okolnost da će neki potrošači oznaku shvatiti kao podatak o Arsenalu, kao proizvođaču šalova, naročito kad im se posle prodaje pokaže roba van prodajnog mesta.[13]

U meritumu stvari Evropski sud je odlučio da je reč o povredi žiga kada treće lice u poslovnom prometu koristi oznaku koja je identična registrovanom žigu za proizvode koji su isti onima za koje je žig registrovan. To važi i kada se dotična oznaka u okviru ove upotrebe shvata kao izraz podrške, vernosti ili privrženosti titularu žiga.[14] U vezi sa ovakvim stavom suda neophodno je uzeti u obzir promene koje su nastale u vezi sa položajem fudbalskih klubova.

Naime, fudbalska društva značajnih evropskih liga preduzela su bitne izmene u području organizacije. Ona su izgubila čisto sportski karakter i postala trgovačka društva.[15] Ističe se da je fudbal najvažniji posao u sve više globalizovanoj privredi, te se više ne može posmatrati samo kao sport u užem smislu, već kao deo industrije zabave. Izvori finansiranja klubova su postali sve različitiji. Tradicionalni prihodi na osnovu prodaje karata ili članarina izgubili su na značaju u poređenju sa televizijskim prenosima, prodajom suvenira fanovima, kao i iskorišćavanjem prava na slikama igrača. U prihode koji su poslednjih godina naročito dobili na značaju ubraja se prodaja suvenira fanovima, tj. delatnost koja je obuhvaćena pojmom *merchandising.*[16] Veliki klubovi, kao što je Arsenal, nisu čisto sportska društva, nego takođe prava mesta trgovine, koja razvijaju privred-

[13] Tokom ovog postupka utvrđeno je da je gospodin Reed u jednoj od svojih radnji prodavao šalove koji su bili obeleženi zaštićenom oznakom Arsenal, a da za to nije bio ovlašćen. Međutim, na prodajnom mestu se nalazio veliki plakat na kojem je bio ispisan sledeći tekst: "Oznaka i logo na ponuđenoj robi upotrebljeni su isključivo u dekorativne svrhe i ne impliciraju nikakvu pripadnost proizvođačima ili prodavcima bilo kog drugog proizvoda, niti privredne odnose sa njima. Originalni Arsenalovi proizvodi su samo oni koji su označeni etiketama sa natpisom "originalni Arsenalovi proizvodi". Pored toga, oficijelni proizvodi Arsenala koji su se nalazili na prodajnim mestima bili su prodavani po višim cenama". Presuda Evropskog suda od 12.11.2002, C-206/01 "*Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*", tač. 17, dostupno na: *curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-206/01*.

[14] Isto, tač. 62.

[15] Isto, tač 77.

[16] Isto, tač. 81.

nu delatnost visokog značaja. Oni registruju trgovačke žigove u cilju da na tržištu neposredno ili licenciranjem ostvaruju promet proizvodima ili uslugama koje su obeležene žigom. U tom slučaju koriste svoju industrijsku svojinu i mogu da zabrane trećim licima upotrebu identičnih oznaka u cilju komercijalne upotrebe i sticanja privredne koristi.[17]

U sledećoj presudi Evropski sud je razmatrao zahtev Fondacije "*Piccasso*" koja je kao tužilja registrovala žig "*PICCASSO*", pored ostalog, za putnička vozila, a usprotivila se registraciji reči "*PICARO*", koja je takođe prijavljena za obeležavanje putničkih vozila. Naime, pred Sudom prve instance tužilja je kao argument iznela da je žalbeno veće svoju odluku kojom je odbijen njen tužbeni zahtev zasnovalo na pretpostavci da prosečni potrošač pokazuje naročitu pažnju pri kupovini putničkih vozila i njihovih delova. Po shvatanju tužilje ova pretpostavka odnosi se samo na momenat kupovine, iako potrošači u drugim situacijama, na primer, kada opažaju automobile na ulici mogu pretpostaviti da su ovi proizvodi na bilo koji način isti ili da su njihovi proizvođači međusobno privredno povezani. Time, žalbeno veće nije uzelo u obzir "*post sale confusion*", iako je ova doktrina u pravu žiga opšte priznata na osnovu presude "*Arsenal Football Club plc*".[18]

Obraćajući se Evropskom sudu, tužilja je istakla da je presuda "*Arsenal Football Club plc*" u konkretnom slučaju restriktivno tumačena, jer žig nije zaštićen protiv opasnosti zamene samo u momentu kupovine proizvoda, nego pre i posle toga. Evropski sud je najpre naglasio da se za sveobuhvatnu ocenu opasnosti zamene mora uzeti u obzir pažnja prosečnog potrošača, koja može biti različitog intenziteta u zavisnosti od vrste proizvoda. Potvrđujući stav prethodne instance da prosečni potrošač na osnovu prirode proizvoda, naročito njihove cene i izrazito tehničkog karaktera, pri njihovoj kupovini pokazuje visok stepen pažnje, Evropski sud ističe da upravo taj visok stepen pažnje ima za posledicu da se umanjuje opasnost zamene između žigova za takve proizvode u odlučujućem momentu u kojem potrošač donosi odluku o izboru između ponuđenih proizvoda.[19]

Pored toga, sud razmatra i okolnost da merodavna publika takve proizvode i žigove može takođe opaziti i u situacijama koje nisu povezane sa prodajom,

[17] Isto, tač. 84.

[18] Presuda Suda prve instance od 22.6.2004, T-185/02 Ruiz-Picasso and Others v OHMI - DaimlerChrysler (PICARO), dostupno na: *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-185/02.*

[19] Presuda Evropskog suda od 12.1.2006, C-361/04P Claude Ruiz-Picasso and Others, tač. 40,dostupno na: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language...C...C-361/04P.

odnosno kupovinom i da je moguće da tada pokazuje niži stepen pažnje. Međutim, ova okolnost ne suprotstavlja se naročito visokom stepenu pažnje prosečnog potrošača u trenutku u kojem on donosi odluku o izboru između različitih proizvoda. U prilog ovakvog stava ističe se da kod svih proizvoda uvek mogu nastati situacije u kojima publika koja dolazi u kontakt sa njima pokazuje samo niži stepen pažnje. Međutim, bio bi neopravdan zahtev da se u obzir uzme najniži stepen pažnje koji pokazuje publika prilikom opažanja nekog proizvoda ili žiga, jer bi to bilo u suprotnosti sa konstantnom praksom po kojoj je stepen pažnje različitog intenziteta prema vrsti proizvoda. [20]

Evropski sud naročito ističe da izložena razmatranja nisu u suprotnosti sa stavovima iznetim u presudi "*Arsenal Football Club plc*". Naime, u njoj nipošto nije formulisano opšte pravilo po kojem se za ocenu opasnosti zamene prvenstveno ne uzima u obzir naročito visok stepen pažnje, koji potrošač pokazuje prilikom kupovine određene vrste proizvoda.[21] Značajna je i konstatacija suda da se pitanje stepena pažnje, koji se uzima u obzir pri oceni opasnosti zamene, razlikuje od pitanja da li za povredu žiga mogu da budu relevantne okolnosti koje nastupaju posle kupovine, kao što je to priznato u presudi "*Arsenal Football Club plc*" za slučaj upotrebe oznake koja je identična žigu.

U teoriji se ističe da je u ovoj presudi sud potvrdio praksu ustanovljenu u presudi "*Arsenal Football Club plc*", a time i mogućnost opasnosti zamene posle kupovine. Međutim, ova praksa je u značajnoj meri ograničena. Naime, navedena opasnost zamene postoji samo kada potrošač u momentu kupovine ne pokazuje naročito visok stepen pažnje na osnovu specijalnog karaktera proizvoda i njegove visoke cene ili njegovog tehničkog karaktera. Prema presudi "*Piccasso*" značajno je da se pri oceni opasnosti zamene u slučaju visokovrednih proizvoda i proizvoda koji su povezani sa zahtevanim poverenjem publike[22], uvek u obzir uzima samo trenutak u kojem se donosi odluka o kupovini. To znači da u ovim slučajevima ne postoji "*post sale confusion*". Naprotiv, kada je reč o potrošnim dobrima, kao u presudi "*Arsenal Football Club plc*", ni u jednom trenutku ne postoji naroči-

[20] Isto, tač. 41.

[21] Isto, tač. 47.

[22] Potrošna dobra su jeftini, kratkotrajni proizvodi, koji se često kupuju, pri čemu prosečni potrošač odlučuje bez dugotrajnog razmišljanja. Nasuprot tome, visokovredni proizvodi su oni koji se retko stiču i dugovečni su u pogledu trajanja, a pre njihovog sticanja potrošač se detaljno informiše. Proizvodi koji su povezani sa zahtevanim poverenjem su oni, pri čijoj proceni potrošač naročito mora da veruje u informacije prodavca, jer ne može sa sigurnošću ni posle sticanja da proveri njihov kvalitet (antikviteti, polovni automobili).

to visok stepen pažnje, te opasnost zamene može postojati pre, u momentu, kao i nakon kupovine.[23]

PRAKSA NEMAČKIH SUDOVA O OPASNOSTI ZAMENE POSLE KUPOVINE

U sporu "*Dentale Abformmasse*" tužilja je proizvodila i prodavala dental masu za uzimanje protetičkih otisaka. Masa se sastojala iz plave i crvene paste, koje se mešaju pre primene, pri čemu nastaje nova masa određenog lila tonaliteta. Tužena je takođe proizvodila paste za dobijanje dentalnih masa. Njene dentalne mase postaju vidljivo obojene, tek posle neophodnog mešanja obe komponente, koje prema shvatanju tužilje pokazuju određeni lila tonalitet, kojim se povređuje njen registrovani žig. [24]

Po shvatanju Saveznog vrhovnog suda Nemačke žig kojim je zaštićena boja može da bude povređen samo kada se ona koristi kao upućivanje na poreklo. Glavna funkcija žiga sastoji se u tome da se prometu garantuje identičnost u pogledu porekla proizvoda ili usluga koje su obeležene žigom, tako da se potrošačima omogućava da ih, bez opasnosti zamene, razlikuju od proizvoda ili usluga drugog porekla. Prava koja pripadaju titularu žiga imaju za cilj da omoguće ostvarivanje funkcije žiga. Ova prava su zato ograničena na slučajeve u kojima korišćenje oznake od strane trećeg lica oštećuje ili može da ošteti funkciju žiga, a naročito njegovu glavnu funkciju, a to je garantovanje porekla proizvoda ili usluga potrošačima.[25] Čak i onda kada se boja upotrebljava na pakovanju proizvoda, ili za sam proizvod, samo se u izuzetnim slučajevima može pretpostaviti da je cilj upotrebe upućivanje na poreklo.

Naime, krajnji potrošač nije naviknut da na osnovu boje proizvoda ili pakovanja, bez dodavanja reči ili grafičkih elemenata, zaključi o poreklu proizvoda, jer se boja kao takva, prema sadašnjim običajima u prometu, načelno ne upotrebljava kao sredstvo identifikacije. Ovo se odnosi i na sporni slučaj, uzimajući u obzir da se bojom u dotičnom sektoru proizvoda podstiče tehnička primena. Tako se, na

[23] Alexander Kappes, *navedeno delo*, 104.

[24] Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 22.9.2005, I ZR 188/02 "Dentale Abformmasse", GRUR 12/2005, 1044.

[25] Isto, tač. 3, aa.

primer, prema evropskoj normi EN ISO 4823: 2000 br. 6.1[26], u slučaju dentalnih masa različite komponente koje su predviđene za primenu u istoj mešavini moraju isporučiti u kontrastnim bojama. Prema tome, ponudioci ovih masa su upućeni na korišćenje takvih tonova boje, a sticaoci i korisnici naviknuti na to da boje predstavljaju tehnička obeležja.

Uslov za upotrebu kojom se ukazuje na poreklo je da se boja, u odnosu prema ostalim elementima, pojavljuje na način kojim se uočava kao sredstvo obeležavanja. O ovome se može govoriti kada zaštićena boja poseduje povišenu moć obeležavanja koja je stečena upotrebom, pa je promet naviknut da boju smatra upućivanjem na poreklo. Takođe je neophodno da se boja javlja kao suštinsko, bitno obeležje koje nije potisnuto uobičajenim oznakama. U konkretnoj situaciji ovi uslovi nisu ispunjeni, jer je reč o normalnoj moći obeležavanja prijavljenog tona određene boje.

Savezni vrhovni sud Nemačke prihvatio je mogućnost da se sporni ton boje dobija u pogonu sticaoca, tek posle kupovine pasta koje su na tržištu u različitim bojama. Naime, u ovom slučaju reč je o procesu koji se odvija posle izvršene transakcije u poslovnom prometu. Iako su za funkciju upućivanja na poreklo, kao i za opasnost zamene, odlučujuće radnje koje se odvijaju u poslovnom prometu, ovaj sud smatra da se ne može *a priori* isključiti mogućnost da promet neko obeležje proizvoda, koje se pojavljuje pri ciljnoj upotrebi od strane sticaoca tek nakon zaključivanja transakcije u poslovnom prometu, smatra kao oznaku koja se koristi za obeležavanje porekla.

Međutim, takvo shvatanje nije prikladno naročito kada ton određene boje postaje vidljiv tek nakon izvršene kupovine, a promet mu prvenstveno pripisuje neku tehničku funkciju. Iako je u obrazloženju ove presude Savezni vrhovni sud Nemačke prihvatio mogućnost postojanja opasnosti zamene i posle izvršene kupovine, u konkretnom slučaju takva mogućnost nije priznata, jer se boji, kao takvoj, u prometu prvenstveno pripisuje tehnička funkcija. [27]

U sporu "*Pralinenform*" tužilja proizvodi i prodaje praline u obliku kuglica koje su upakovane u zlatnu foliju. Ona je titular trodimenzionalnog nacionalnog žiga za praline, koji je registrovan na osnovu nametanja u prometu. Tužena

[26] Međunarodna organizacija za standardizaciju, Standard elastomernih materijala za impresiju u oblasti stomatologije, EN ISO 4823: 2000, br. 6.1, dostupno na: https://www.iso.org/standard/24125.html.

[27] Navedena presuda I ZR 188/02, tač. 3, b, bb.

takođe proizvodi i prodaje praline u pleksiglas pakovanju koje sadrži više komada ovog proizvoda, pri čemu je svaka pralina upakovana u zlatnu foliju.[28] U konkretnom slučaju tužena upotrebljava oznaku u privrednom prometu, jer je izlagala na Sajmu slatkiša u Kelnu i reklamirala je u jednom nemačkom stručnom časopisu svoje proizvode.[29]

Radnja povrede, prema § 14, st. 2, nemačkog Zakona o žigovima, načelno može postojati samo ako se osporena oznaka ili oblik upotrebljavaju kao žig. Drugim rečima, oznaka ili oblik služe razlikovanju proizvoda jednog proizvođača od drugih i to u okvirima prometa proizvoda. U tom kontekstu, kada je reč o trodimenzionalnim žigovima zaštita žigom je prvenstveno usmerena protiv oštećenja funkcije upućivanja na poreklo, a ne protiv preuzimanja tehničkih rešenja, upotrebnih svojstava ili estetske zamisli oblikovanja.

Savezni vrhovni sud Nemačke je prihvatio stanovište Višeg zemaljskog suda u Kelnu da se osporeni oblik praline može upotrebljavati kao upućivanje na poreklo, odnosno kao žig, iako se oblik praline ne može opaziti u prometu već u trenutku donošenja odluke o kupovini. Tačno je da žig ostvaruje svoju glavnu funkciju garantovanja porekla proizvoda potrošačima, pre svega kada se žigom obeleženi proizvod stavlja u promet. Međutim, žig može da deluje upućujuće u smislu porekla i kada je reč o licima koja proizvod ciljno upotrebljavaju. Žig može zato da deluje i protiv zamenljivih oznaka koje se opažaju tek prilikom konzumacije proizvoda.[30]

Naime, u prometu se, na osnovu životnog iskustva oblik nekog proizvoda ne shvata po pravilu na isti način kao žig u reči ili žig u slici u smislu upućivanja na poreklo. Razlog za to je što se oblik proizvoda prvenstveno shvata kao funkcionalno i estetsko oblikovanje samog proizvoda. Pri oceni da li tužena osporeni oblik pralina upotrebljava kao žig moraju se uzeti u obzir okolnosti pod kojima potrošač opaža ovu formu pralina. U konkretnom slučaju tužena nudi svoje praline samo u zapakovanoj formi i obeležene sopstvenom oznakom. Iz tog razloga potrošač ima priliku da samo u kratkom vremenskom intervalu između odvijanja folije i konzumiranja opazi oblik praline. Pod ovim okolnostima nije verovatno da će potrošač samo u pojavnom obliku proizvoda sagledati upućivanje na poreklo. Ocena o upotrebi osporenog oblika pralina zavisi takođe i od moći

[28] Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 25.1.2007, I ZR 22/04 "*Pralinenform*", GRUR 6/2007, 780.

[29] Ista presuda, tač. 20.

[30] Isto, tač. 25.

obeležavanja koju poseduje trodimenzionalni žig tužilje. Za utvrđivanje povećane moći obeležavanja trodimenzionalnog žiga kojim se reprodukuje mogući oblik proizvoda nije dovoljno odrediti samo procentualni stepen poznatosti oblika kao takvog. Naprotiv, neophodno je oceniti sve relevantne okolnosti, a naročito svojstva koja žig poseduje u smislu porekla, tržišni udeo proizveda obeleženih žigom, intenzitet, geografsku rasprostranjenost i trajanje korišćenja, kao i troškove reklamiranja.Pri tome se mora uzeti u obzir da poznatost nekog proizvoda u formi žiga ne znači nužno da se oblik u istoj meri shvata kao upućivanje na poreklo. U slučaju da se proizvodom, čiji oblik u smislu porekla nije distinktivan, ostvaruje značajan promet time se samo ukazuje o značajnoj rasprostranjenosti proizvoda na tržištu. Povećanje moći obeležavanja na osnovu uspeha u pogledu prometa proizvoda ostvaruje se samo u slučaju da se zaštićeni oblik proizvoda upotrebljava kao žig, drugim rečima, na način koji ima za cilj da merodavni prometni krugovi identifikuju proizvod kao onaj koji potiče od određenog proizvođača.[31]

U sporu "*Seifenspender*" Savezni vrhovni sud Nemačke je pri određivanju merodavne publike istakao da u obzir ne dolaze samo zaposleni koji su u industrijskom preduzeću nadležni za kupovinu sredstva za čišćenje.[32] Naprotiv, oznake koje se nalaze na dozerima i na sredstvima za čišćenje odnose se takođe i na sve korisnike javnih umivaonica. Mogućnost da se ukaže na isti kvalitet proizvoda obeleženih žigom nije značajna samo kada se proizvod prvi put stavlja u promet. Ova mogućnost se generalno ispoljava i prema licima koja proizvod stvarno primenjuju i jesu u poziciji da pozitivni utisak o kvalitetu proizvoda povežu sa žigom. Zato i prometni krugovi koji ciljno koriste obeleženi proizvod redovno pripadaju onom delu prometa na koji se žig odnosi. Priznato je, naime, da povreda žiga takođe može biti zasnovana na opasnosti zamene koja nastupa posle prodaje, odnosno kupovine proizvoda obeleženih žigom.[33]

U sporu "*Rillenkoffer*" tužilja proizvodi i prodaje kofere. U njen sortiment spadaju i koferi od aluminijuma koji su karakteristične rebraste spoljašnjosti. Ona je titular trodimenzionalnog žiga koji je registrovan za putničke i ručne kofere, kao i kofere za kozmetiku. Tužena trguje kozmetičkim proizvodima i snabdeva parfimerije kozmetičkim preparatima upakovanim u kofere, koji su takođe karak-

[31] Isto, tač. 36.

[32] Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 16.3.2006, "Seifenspender" I ZR 51/03, tač. 15, GRUR 2006, 763.

[33] Isto, 764.

teristične rebraste spoljašnjosti. Tužilja je smatrala da na ovaj način tužena povređuje njen žig.[34]

Viši zemaljski sud u Kelnu je odbio zahtev tužilje sa obrazloženjem da u ovom slučaju ne postoji upotreba kao žig.[35] Međutim, ovaj stav nije prihvatio Savezni vrhovni sud Nemačke smatrajući da je prethodna sudska instanca negirala upotrebu kao žig i kao odlučujuću okolnost uzela u obzir situaciju u kojoj se dešava prodaja. Naime, ovu situaciju Viši zemaljski sud primarno je sagledao u tome da je sortiment kozmetičkih preparata izložen u parfimerijama ili u delovima radnji namenjenim za prodaju kozmetike. U tom kontekstu, ona je istakla da tužena trguje isključivo kozmetikom koju isporučuje, na primer, firmi *Douglas* i to upakovanu u kofere. Nesporno je da ovi koferi nisu nikada samostalno ponuđeni i da se oni, prilikom prezentacije u prodajnom prostoru, shvataju samo kao otvoreno pakovanje ponuđenih kozmetičkih proizvoda. Potrošač koji obilazi kozmetičke radnje prvenstveno želi da kupi kozmetiku i zato obraća pažnju na konkretnu ponudu ovih preparata, te u momentu donošenja odluke o kupovini nije izložen zabuni u pogledu porekla.[36] Naime, potrošač u momentu kupovine vidi na prodajnom mestu ponuđene kozmetičke proizvode određene firme u privlačnom pakovanju. U ovoj situaciji potrošač želi da kupi kozmetiku. Njemu je takva kozmetika prezentovana u otvorenom koferu, pa se njegova pažnja koncentriše na kupovinu kozmetike, drugim rečima, na sam sadržaj, a ne na pakovanje.[37]

Međutim, Savezni vrhovni sud Nemačke naglašava da ova sudska instanca nije uzela u obzir moć obeležavanja žiga tužilje, iako moć obeležavanja utiče na shvatanje prometa o tome da li se oblikom proizvoda upućuje na njegovo poreklo.[38] Pored toga, ova sudska instanca prvenstveno je uzela u obzir samo momenat prodaje, a ne i kasniju primenu kofera koje je tužena prodala sa kozmetičkim proizvodima. Shodno tome da žig ostvaruje svoju glavnu funkciju garantovanja porekla pre svega u trenutku kada se proizvod obeležen žigom stavlja u promet, u slučaju da se tako obeležen proizvod ciljno koristi, žig može i prema kasnijim korisnicima ovih proizvoda da deluje kao upućivanje na poreklo.[39]

---

[34] Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke, "Rillenkoffer" I ZR 123/05, GRUR 2008, 793.

[35] Presuda Višeg zemaljskog suda u Kelnu, 16.12.2004, Az. 31 O 562/04, tač. 43, dostupno na: https://dejure.org/.../rechtsprechung?...LG%20Köln.

[36] Isto, tač. 51.

[37] Isto, tač. 57.

[38] Navedena presuda "Rillenkoffer", tač. II, 1, bb, 794.

[39] Isto, tač. II, 1, (cc), 795.

Drugim rečima, žig može da bude zaštićen i protiv upotrebe zamenljivih oznaka koje se opažaju tek u trenutku upotrebe ili potrošnje proizvoda. Savezni vrhovni sud Nemačke naglaša da u nekom drugom kontekstu ne isključuje mogućnost da potrošači koji nisu sami kupili proizvod tužene u nekoj od parfimerija i kofer kasnije vide pri upotrebi kozmetičkih preparata mogu misliti da je reč o koferu koji proizvodi tužilja. Naime, ovakvo poimanje ne odnosi se samo na funkcionalno ili estetsko oblikovanje proizvoda, nego merodavni prometni krugovi smatraju da je reč o upućivanju na poreklo. U ponovljenom postupku Viši zemaljski sud u Kelnu ističe da promet u obliku proizvoda redovno prepoznaje njegovo funkcionalno i estetsko oblikovanje.[40] Uslov da se u prometu, u ovom slučaju, oblik shvati kao upućivanje na poreklo, tj. da se on upotrebljava kao žig zavisi od postojanja posebnih okolnosti, pri čemu povećana moć obeležavanja žiga tužilje može da predstavlja jednu od takvih okolnosti. Međutim, u konkretnom slučaju nije dokazano da žig tužilje poseduje povećanu moć obeležavanja, te se ne može govoriti o upotrebi kao žig.

TEORIJSKA RAZMATRANJA O OPASNOSTI ZAMENE POSLE KUPOVINE

U evropskoj pravnoj teoriji ovo pitanje nije opširnije razmatrano. Samo u nekoliko radova dati su argumenti u korist postojanja ovog oblika opasnosti zamene. Nasuprot tome, iznet je veći broj *a kontrario* argumenata i to u vezi sa sudskim presudama koje se odnose na ovo pitanje. U vezi sa presudom "*Arsenal Football Club plc*" ističe se da je produženje vremenske dimenzije delovanja žiga zasnovano na povećanju kruga lica na koje se on odnosi. Naime, nije reč samo o direktnim kupcima koji donose odluku o kupovini određenih proizvoda obeleženih žigom, nego i o onim potrošačima koji kasnije dolaze u kontakt sa tim proizvodima. Na taj način je omogućeno da vremenski period u kojem nastaje opasnost zamene bude produžen i na period posle momenta donošenja odluke o kupovini. Istovremeno to znači da je proširen pojam merodavnih prometnih krugova, koji se po ustaljenom shvatanju odnosi samo na aktuelne i potencijalne potrošače.

Drugim rečima, enormno je proširen pojam relevantnih prometnih krugova, pa se sada obuhvataju sva treća lica koja eventualno mogu doći u kontakt sa

[40] Presuda Višeg zemaljskog suda u Kelnu od 6.7.2005, Az. 6 U 226/04, tač.29, *openJur 2011, 40482.*

tako obeleženim proizvodima. To za posledicu ima da se pojam relevantnih prometnih krugova dovodi do apsurda, jer se ne posmatraju samo aktuelni i potencijalni potrošači, nego sva moguća lica.[41] Pored toga, ovakvo shvatanje merodavnih prometnih krugova nije spojivo sa načelima prava žiga i vodi gotovo neograničenoj zaštiti žigom. Na ovaj način se u neprimerenoj meri štite interesi titulara žiga, jer mu se omogućava sticanje povećane dobiti, kao i bolja tržišna pozicija.[42]

U nemačkoj pravnoj teoriji se ističe da je u presudi "*Internet Versteigerung*"[43] Savezni vrhovni sud Nemačke konstatovao mogućnost postojanja ovog oblika opasnosti zamene, na osnovu pojma apstraktne opasnosti zamene. Naime, ovaj oblik opasnosti zamene se utvrđuje nezavisno od konkretne situacije u kojoj se obavlja prodaja, odnosno kupovina. Međutim, kao argument protiv navodi se da u ovoj presudi nije odlučivano o trenutku u kojem apstraktna opasnost zamene mora da postoji.[44]

U drugim presudama Savezni vrhovni sud Nemačke je prihvatio postojanje opasnosti zamene posle kupovine u slučaju ciljne upotrebe. Naime, u ovim situacijama nije moguća opasnost zamene u momentu prodaje, s obzirom da se zaštićeni proizvod pojavljuje tek pri ciljnoj upotrebi ili se zamenljiva oznaka opaža tek prilikom upotrebe proizvoda. Za razliku od situacije koja je razmatrana u presudi "*Arsenal Football Club plc*", u ovakvim okolnostima nema proširenja relevantnih prometnih krugova, jer se oni utvrđuju tek posle sticanja, prilikom ciljne upotrebe. Ova konstatacija odnosi se i na kupce proizvoda, kao i na sva treća lica koja ciljano upotrebljavaju proizvod posle kupovine. Prema već izloženim stavovima, treća lica se ne mogu ubrojati u relevantne prometne krugove. Pored toga, ciljna upotreba kako od strane kupaca, tako i od trećih lica, odvija se izvan poslovnog prometa, te je reč o privatnoj upotrebi koja nije obuhvaćena zaštitom žigom.

Kritičari shvatanja o postojanju opasnosti zamene nakon kupovine, ipak ovu mogućnost prihvataju u dve situacije. Prva se odnosi na zaštitu identičnosti, čime se u mnogim slučajevima pruža zaštita protiv piraterije. Druga podrazumeva zaštitu poznatosti, jer ona na osnovu posebnih funkcija poznatih žigova predstavlja izuzetak, pa se odnosi i na period posle prodaje. Međutim, zaštita protiv

[41] Alexander Kappes, *navedeno delo,* 90 i 93.

[42] Isto, 112.

[43] Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 11.3.2004, I ZR 304/01 "Internet-Versteigerung", GRUR 7/2004, 860.

[44] Alexander Kappes, *navedeno delo,* 124.

opasnosti zamene u drugim slučajevima mora da bude ograničena na vremenski period do situacije u kojoj se dešava prodaja, uključujući i sam momenat kupovina.[45]

ZAKLJUČAK

U evropskom pravu žiga presuda "*Arsenal Football Club plc*" često se uzima kao dokaz da se opasnost zamene posle kupovine smatra relevantnom. Pitanje opasnosti zamene posle kupovine nije sadržano u prethodnim pitanjima koja su upućena Evropskom sudu na razmatranje, niti je razmotreno u mišljenju datom od generalnog pravozastupnika u ovom procesu. Međutim, Evropski sud se, bez obrazloženja poziva na opasnost zamene posle kupovine. U meritumu stvari sud je odlučio da je reč o povredi žiga kada treće lice u poslovnom prometu koristi oznaku koja je identična registrovanom žigu za proizvode koji su isti onima za koje je žig registrovan. Smatramo da ovu presudu treba sagledati samo u kontekstu u kojem je doneta, uzimajući u obzir i specifičnost da je u pitanju poznati žig. To znači da se ona ne može uopštiti i primeniti na sve slučajeve opasnosti zamene.

U izloženom smislu se delimično izjasnio i Evropski sud u presudi "*Piccasso*". Naime, navedena opasnost zamene postoji samo kada potrošač u momentu kupovine ne pokazuje visok stepen pažnje na osnovu specijalnog karaktera proizvoda, njegove visoke cene ili tehničkog karaktera. Nasuprot tome, u slučaju visokovrednih proizvoda i proizvoda koji su povezani sa zahtevanim poverenjem publike, uvek se u obzir uzima samo trenutak u kojem se donosi odluka o kupovini. To znači da u ovim slučajevima ne postoji "*post sale confusion*".

Kada je, pak, reč o potrošnim dobrima, kao u presudi "*Arsenal Football Club plc*", ni u jednom trenutku ne postoji naročito visok stepen pažnje, te opasnost zamene može postojati pre kupovine, u momentu kupovine, kao i nakon kupovine. Smatramo da je izloženo uopštavanje o potrošnim dobrima netačno, jer se upravo gubi iz vida okolnost da je slučaj "*Arsenal Football Club plc*" vezan za dupli identitet i za korišćenje poznatog žiga.

Savezni vrhovni sud Nemačke, prihvatajući "*post sale confusion*", polazi od pojma ciljne upotrebe. Iako su za funkciju upućivanja na poreklo, kao i za opasnost zamene, odlučujuće radnje koje se odvijaju u poslovnom prometu, ovaj sud smatra da se ne može *a priori* isključiti mogućnost da promet neko obeležje pro-

[45] Isto, 132.

izvoda, koje se pojavljuje pri ciljnoj upotrebi od strane sticaoca tek nakon zaključivanja transakcije u poslovnom prometu, smatra kao oznaku koja se koristi za obeležavanje porekla.

Drugim rečima, žig ostvaruje svoju glavnu funkciju garantovanja porekla pre svega u trenutku kada se proizvod obeležen žigom stavlja u promet, a u slučaju da se tako obeležen proizvod ciljno koristi, žig može i prema kasnijim korisnicima ovih proizvoda da deluje kao upućivanje na poreklo. Kritičari shvatanja o postojanju opasnosti zamene nakon kupovine, iako prihvataju ovu mogućnost u nekim specifičnim situacijama, naglašavaju da zaštita protiv opasnosti zamene mora da bude ograničena na vremenski period u kome se dešava prodaja, uključujući i sam momenat kupovine.

Na osnovu prethodne analize prakse Evropskog suda jedino se može postaviti pitanje da li "*post sale confusion*" postoji kada je reč o potrošnim dobrima koja nisu obeležena poznatim žigom. Potvrdan odgovor na ovo pitanje bio bi suprotan uobičajenom pojmu "publike" koji se upotrebljava u pravu žiga. Ovim pojmom su obuhvaćeni prometni krugovi koje čine aktuelni ili potencijalni potrošači konkretnih proizvoda ili usluga. Drugim rečima, prometnim krugovima se označavaju osobe koje se susreću sa ponudom proizvoda i učestvuju u njihovom sticanju, pri čemu, po pravilu, u obzir dolaze trgovci i pre svega krajnju korisnici. To bi imalo za posledicu enormno proširenje pojma relevantnih prometnih krugova kojima bi sada bila obuhvaćena sva treća lica koja, bez obzira na mesto, vreme i udaljenost od mesta kupovine eventualno mogu doći u kontakt sa tako obeleženim proizvodima. Time bi žigu bila pružena gotovo neograničena zaštita.

U vezi sa pojmom ciljne upotrebe ne može se govoriti o proširenju relevantnih prometnih krugova, jer se oni utvrđuju tek posle sticanja, a prilikom ciljne upotrebe. Ova konstatacija odnosi se i na kupce proizvoda, kao i na sva treća lica koja posle kupovine ciljano upotrebljavaju proizvod. Prema već izloženim stavovima, treća lica se ne mogu ubrojati u relevantne prometne krugove.

Pored toga, ciljna upotreba i od strane kupaca i trećih lica odvija se izvan poslovnog prometa, te je reč o privatnoj upotrebi koja nije obuhvaćena zaštitom koja se stiče žigom. Na osnovu toga zaključujemo da se pojam "*post sale confusion*" ne može primeniti u slučaju potrošnih dobara koja su obeležena običnim žigom.

BOŽIN VLAŠKOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

THE POST-SALE CONFUSION IN EUROPEAN AND GERMAN TRADEMARK LAW

Summary

The "*post-sale confusion*" in European was first recognized in the European Court practice with the verdict for "*Arsenal Football Club plc*". However, it was only a widest possible statement that was not followed by any argument, so the conditions under which this form of substitution existed were not indicated. The situation in the practice of the Federal Supreme Court of Germany is the same. In all analyzed verdicts, it was accepted in principle, but in no particular case was its existence established. In German legal theory, an opinion denying its merits is dominant, while, among other things, it is pointed out that the trademark owners are already provided with adequate protection in other ways.

SANJA DANKOVIĆ-STEPANOVIĆ

UPRAVLJANJE INTERPRETATORSKIM PRAVOM OD STRANE ORGANIZACIJE ZA KOLEKTIVNO OSTVARIVANJE PRAVA

PRAVNI OSNOV KOLEKTIVNOG OSTVARIVANJA INTERPRETATORSKOG PRAVA

Pravo interpretatora

Pravo interpretatora je najznačajnije u skupini (autorskom) srodnih prava, u koju spadaju još i prava: proizvođača fonograma, proizvođača videograma, proizvođača emisije, proizvođača baze podataka i izdavača[1] i ima za predmet interpretaciju, koja nastaje ličnim angažovanjem subjekta prilikom saopštavanja dela. Okolnost da pravo interpretatora kao jedino od srodnih prava pored imovinskih,

Dr Sanja Danković-Stepanović, profesor Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu i član Pregovaračkog tima za vođenje pregovora o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji. Ovaj rad je pripremljen u okviru projekta br. 179076 Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS.

[1] Opšti rokovi trajanja srodnih prava su različiti. Imovinska prava interpretatora traju 50 godina od dana nastanka interpretacije, odnosno od dana prvog izdavanja ili objavljivanja. Pravo proizvođača fonograma, videograma i emisije je 50 godina od dana nastanka, odnosno izdavanja ili objavljivanja. Pravo proizvođača baze podataka je 15 godina od dana nastanka, dok pravo izdavača traje 25 godina od dana prvog izdavanja; vid. Čl. 147. Zakona o autorskom i srodnim pravima (Službeni glasnik RS, br. 104/09, 99/11, 119/12 i 29/16), dalje: Zakon.

sadrži i komponentu moralnih ovlašćenja[2] ukazuje da je reč o najsloženijem u skupini, po strukturi bivalenom kao što je i autorsko pravo, iz čega konsekvento slede i specifičnosti u domenu prenosa prava, učešća u radu organa kolektivne organizacije, upravljanja pravom od strane organizacije i dr.

U domenu isključivih imovinskih prava interpretatora za izvođenja koja su snimljena na fonogram, razlikuju se četiri osnovne kategorije.[3] Pravo reprodukcije, kao najznačajnije ovlašćenje interpretatora u pogledu korišćenja interpretacije u telesnom obliku, podrazumeva pravo davanja saglasnosti za snimanje nezabeležene interpretacije i umnožavanje interpretacija zabeleženih na fonogramima. Pravo distribucije se odnosi na ovlašćenje interpretatora da dozvoli ili ne dozvoli stavljanje u promet originala i kopija fonograma na kojima je izvođenje zabeleženo, radi njihove dalje prodaje. Pravo činjenja dostupnim zabeleženih interpretacija, odnosno stavljanja na raspolaganje javnosti ostvaruje se bežičnim, kablovskim ili putem Interneta svakog izvođenja zableženog na fonogramu, na način koji omogućava da im publika može pristupiti sa mesta i u vreme koje samostalno odabere. Pravo iznajmljivanja se odnosi na ovlašćenje nosioca prava da se saglasi sa komercijalnim davanjem u zakup originala i kopija fonograma.

Imovinska prava interpretatora u pogledu nesnimljenih izvođenja obuhvataju tri vrste ovlašćenja: pravo emitovanja, pravo snimanja i pravo saopštavanja javnosti nezabeležene interpretacije.[4] Neisključiva ovlašćenja interpretatora proističu iz specifičnog odnosa i preplitanja imovinskih interesa i ovlašćenja interpretatora i proizvođača fonograma, a odnose se na pravo interpretatora da potražuje naknadu za tri oblika korišćenja interpretacije koja je snimljena na izdati fonogram, i to: emitovanje interpretacije sa izdatog snimka na nosaču zvuka, javno saopštavanje interpretacije koja se emituje i javno saopštavanje sa izdatog snimka na nosaču zvuka[5].

U pogledu komercijalne upotrebe interpretacije, najznačajnije imovinsko ovlašćenje interpretatora je pravo na naknadu za: emitovanje i reemitovanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, javno saopštavanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, odnosno koja se emituje sa snimka izdatog

---

[2] Moralna prava su neposredno povezana sa ličnim svojstvima interpretatora, pa u slučaju prenosa imovinsko-pravnih ovlašćenja na drugo lice, interpretator ostaje nosilac moralnih prava; ona traju i nakon prestanka imovinkih prava.

[3] Čl. 7-10 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima (Službeni list SRJ 13/02).

[4] Čl. 6 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

[5] Vidi član 116, st. 2 i 3 i čl. 117 Zakona.

na nosaču zvuka.[6] Posebna naknada naplaćuje se po osnovu uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka i slike za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje interpertacije zabeležene na fonogramu za lične nekomercijalne potrebe.[7]

Iako izvorno individualno, pravo interpretatora se u domenu imovinskih ovlašćenja ostvaruje po pravilu posrednim putem, posredstvom organizacija za kolektivnu zaštitu prava. Pravo na naknadu može se realizovati isključivo kroz sistem kolektivnog upravljanja i ostvarivanja interpretatorskog prava, u uslovima visokog stepena globalne disperzovanosti korisnika.

Individualno pravo koje se kolekivno ostvaruje

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, u okvirima svoje nadležnosti i na osnovu zakona ili ugovora, upravlja poverenim joj imovinskim pravima interpretatora, odnosno nosilaca prava. Ugovorni odnos nosioca interpretatorskog prava i organizacije može biti dvojak. Nosilac prava može organizaciji poveriti samo ostvarivanje prava na naplatu naknade od emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije zabeležene na izdatom fonogramu od korisnika, kada ona prema korisnicima istupa u svoje ime, a za njegov račun, ili predmet predstavlja ostvarivanje isključivih imovinskih prava, sa nalogom da organizacija prema korisnicima istupa u svoje ime, a za račun nosioca i zaključuje sporazume o neisključivom ustupanju prava[8].

U drugom slučaju, prisutni su elementi ugovora o ustupanju isključivih imovinskih ovlašćenja na interpretaciji, ugovora o komisionu i ugovora o nalogu, budući da se ona za račun nosioca stara o zaključenju i sklapa ugovore sa korisnicima, preduzima potrebne predradnje i prikuplja naknadu za korišćenje interpretacije i kontroliše izvršavanje obaveza korisnika interpretacije[9]. Organizacija je obavezna da postupa savesno, u skladu sa dobrim poslovnim običajima i povećanom pažnjom u cilju zaštite interesa nosilaca prava, primenjujući jedinstvene kriterijume i postupke za sve slučajeve ostvarivanja prava interpretatora - na osnovu zakona, ugovora, naloga ili sporazuma sa drugom kolektivnom organizacijom.

[6] Čl. 117, st.1 Zakona.

[7] Vid. čl. 171 (b) Zakona.

[8] Čl. 153, st. 2 i 3 Zakona.

[9] Marković S., Pravo intelektualne svojine, Beograd, 2000, s. 240.

U pravu Evropske unije, nosilac prava organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava ustupa upravljanje pravom javnog saopštavanja, pravom umnožavanja, pravom emitovanja, pravom umnožavanja za internetsku distribuciju i drugim kategorijama prava korišćenja interpretacije[10]. Organizacija ima mogućnost da određen segment aktivnosti, a prevashodno onaj koji se odnosi na raspodelu interpretatorske, odnosno posebne naknade, ili izdavanja računa korisnicima, a u cilju racionalnijeg i efikasnijeg poslovanja - ustupi zavisnom društvu ili drugom subjektu nad čijim radom bi nesmetano ostvarivala nadzor.[11]

U domaćem pravu organizacija za kolektivno ostvarivanje prava autorskog ili određene kategorije srodnog prava obavlja delatnost shodno načelu ekskluziviteta za istu vrstu prava na istoj vrsti dela, odnosno predmeta srodnog prava[12], uz princip isključivosti u smislu nemogućnosti obavljanja druge kategorije poslova.[13] Organizacija se osniva ugovorom ili odlukom, u formi udruženja[14], uz obavezu prethodnog pribavljanja dozvole za obavljanje delatnosti od strane Zavoda za intelektualnu svojinu RS (sa trajanjem od pet godina i mogućnošću ponovljenih izdavanja). Organizacija vrši delatnost kolektivnog ostvarivanja prava u zemlji i inostranstvu, na osnovu zakona, ugovora, odnosno naloga dobijenih od interpretatora ili nosilaca prava i ugovora koje je zaključila sa srodnim inostranim organizacijama, i to za ukupan korpus interpertatorskih prava, osim za ona koja su izričito izuzeta iz sistema kolektivnog ostvarivanja. U tom smislu postoji pozitivna pretpostavka postojanja ovlašćenja postupanja za račun svih interpretatora i nosilaca prava organizacije za kolektivno ostvarivanje interpretatorskog prava prema korisnicima interpretacije.

Organizacija vrši kontrolu nad korišćenjem predmeta zaštite sa svog repertoara, odnosno dela čijim pravima upravlja. Ustupljena joj prava organizacija štiti u sudskom, upravnom i drugim postupcima, u cilju optimalnog ostvarivanja interpretatorskog prava. Širi opseg delatnosti organizacije podrazumeva i obavljanje aktivnosti kojima se ostvaruju umetnički i širi društveni interesi interpre-

[10] Tač. 19 Direktive 2014/26/EU (dalje: Direktiva).

[11] Tač. 17 Direktive.

[12] Čl. 157, st.2 Zakona.

[13] Čl. 156, st. 1 i 2 Zakona.

[14] U pravu Evropske unije, organizacija za kolektivno ostvarivanje prava može biti konstituisana u različitim pravnim formama- pre svega kao udruženje, zadruga ili društvo sa ograničenom odgovornošću.

tatora[15]. Organizacija može, na osnovu posebnog sporazuma, obavljati administrativno-stručne poslove i za račun druge organizacije.

Upravljanje interpretatorskim pravom pretpostavlja visoke i čvrste standarde pre svega u domenu finansijskog upravljanja, transparentnosti i izveštavanja interpertatora, odnosno nosilaca prava. Model kolektivnog ostvarivanje zaštite određenog prava može biti unitaran ili ostaviti mogućnost poslovanja za više subjekata, konstituisanih u istovetnoj ili različitim pravnim formama. Bez obzira o kom izabranom obliku se radi, mora biti obezbeđeno kontinuirano efektivno vršenje kontrolne funkcije nad upravljanjem pravom, a posebno prihodom od prava.

ŽAŠTITA INTERESA NOSILACA PRAVA

Pitanja subjektiviteta i statusa

U svojstvu nosioca interpretatorskog prava mogu se javiti interpretator ili drugo lice koje je imovinsko pravo na interpretaciji steklo ugovornim ili naslednim osnovom. Članstvo u organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava je raznorodno. Interpratator je fizičko lice koje se lično angažuje na izvođenju inerpretacije, dok je nosilac prava drugo fizičko ili pravno lice na koje su preneta imovinska prava na interpretaciji. Kada su pravna lica sekundarni nosioci prava, reč može biti o organizaciji za kolektivno ostvrivanje prava, udruženju noslilaca prava, sindikatu, advokatskoj kancelariji, producentskoj kući i dr.[16] Raspolaganje interpretatorskim pravom tako se javlja kao originerno ili sekundarno, koje uključuje i svaki dalji prenos sa prvog preuzimaoca, osim situacije kada bi korpus ovlašćenja bio iznova ustupljen interpretatoru.

Interpretatori, nosioci prava, subjekti koji zastupaju nosioce prave, uključujući udruženja nosilaca prava i druge organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, u unitarnom sistemu zaštite autorskog i srodnih prava podnose zahtev za prijem u članstno organizacije, koji će biti prihvaćen ukoliko su ispunjeni unapred propisani – objektivni, transparentni i nediskriminatorski, uslovi za prijem.[17] Nadalje, prihodom od njihovih prava organizacija će upravljati jednoobrazno, a u domenu upravljanja težiće se srazmernoj zastupljenosti različitih kategorija članova.

[15] Čl. 156, st. 1 Zakona.

[16] Preambula, tač. 14 Direktive.

[17] Čl. 6, tač.2 Direktive.

U domaćem pravu, postojanje različitih potkategorija subjekata koji imovinska ovlašćenja iz prava kojim raspolažu ostvaruju posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava se reflektuje u dve osnovne sfere: učešća u radu organa upravljanja organizacijom i novoa dostupnosti informacija o radu organizacije. Organizacija za kolektivno ostvrivanje prava interprertatora postupa u svoje ime i za račun dve grupe subjekata: svojih članova i lica koja su interpretatori ili nosioci prava, ali nemaju članski status. Svojstvo člana dalje predstavlja nužan, ali ne i dovoljan uslova za učešće u radu organa organizacije.

U pogledu finansijskih aspekata, organizacija upravljanje pravima svih nosilaca ostvaruje shodno načelima ravnopravnosti i srazmernosti. Kada je reč o načelu javnosti, ono se ostvaruje u dva koncentrična kruga: opšte su dostupni podaci o nosiocima prava koje organizacija predstavlja i čija imovinska prava ostvaruje, kategorijama korisnika kao i sadržini opštih akata i ugovora zaključenih sa srodnim organizacijama, dok je informacije o članovima organa, zasedanju Skupštine i odlukama Upravnog i Nadzornog odbora, kao i godišnjem izveštaju o poslovanju organizacija obavezna da učini dostupnim samo članovima.[18]

Od zastupanja ka dominaciji

Iako se imovinskih ovlešćenja, a pravo na interpretatorsku naknadu i isključivo, ostvaruje u savremenim sistemima autorskog i srodnih prava posredstvom organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, ostaje kao otvoreno i značano pitanje zaštite slobode nosioca prava da optira između modela individualnog i kolektivnog ostvarivanja prava, a onda i izbora različitih modela unutar sistema kolektivne zaštite. Vršenje nadzora nad upravljanjem pravima olakšano je u unitarnim sistemima za kolektivno ostvarivanje zaštite određenog prava, dok model otvorenog pluraliteta doprinosi slobodi izbora nosilaca prava između više organizacija za ustupanje upravljanja pravom i rezultantno svim pozitivnim aspektima efektivne konkurencije u domenu pružanja usluga kolektivnog ostvarivanja prava[19]. Prilikom utvrđivanja opsega kategorija prava i vrste sadržaja kojima upravlja organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, važno je pronaći odgovarajuću ravnotežu između slobode interpretatora i nosilaca prava da interpretacijom raspolažu, sa jedne, i mogućnosti organizacije da efikasno upravlja imovinskim pravima,

[18] Vid. čl. 182 Zakona.

[19] Korah V, Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, Oxford and Portland, 2006, p. 130.

sa druge strane. To dalje znači da je potrebno koncipirati model koji bi omogućio da interpretatori, odnosno nosioci prava mogu nesmetano i brzo povući prava ustupljena organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava, kako bi nadalje, u celini ili delimično, ostvarivali individualnu zaštitu, ili ih poverili drugoj organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava, odnosno drugoj kategoriji subjekta koji je ovlašćen da zaštitu ostvaruje[20].

Organizacija ima obavezu zaštite poverljivosti podataka o ustupljenom joj interpretatorskom pravu. Finansijske podatke organizacija štiti kao poslovnu tajnu i ne može ih bez izričite saglasnosti nosioca prava preneti trećem licu, osim ukoliko je reč o državnim organima sa zakonskim ovlašćenjem.

Kada je reč o odnosu kolektivnih organizacija u domenu upravljanja interpretatorskim pravima, kao osnovni javlja se princip nediskriminacije nosilaca čijim pravima organizacija upravlja po osnovu ugovora o zastupanju u ime druge organizacije za kolektivno ostvarivanje prava. Najvažniji elementi koji u tom smislu moraju biti jednoobrazno postavljeni i ostvarivani se odnose na tarifu, naknadu za upravljanje, uslove naplate prihoda od prava i režim raspodele nosiocima prava.[21]

PRAVO NA POTPUNU I BLAGOVREMENU INFORMISANOST

Nosioci prava, koji su organizaciji poverili da njima upravlja u skladu sa načelom savesnosti i poštenja i pretpostavkom stalnog nastojanja optimizacije ostvarivanja njihovih finansijskih interesa, imaju pravo da budu upoznati sa načinom rada i rezultatima poslovanja, a najdetaljnija obaveza izveštavanja odnosi se na: ubiranje prihoda od korisnika i eventualni dalji plasman sredstava, modalitete odbijanje troškova rada i potencijalno sredstava za druge namene i sistem raspodele sredstava nosiocima prava (vreme, kriterijumi, iznosi).

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava obavezna je da nosioca prava koji je ostvario prihod najmanje jednom godišnje obavesti o okolnostima koje se odnose na: ostvaren prihod od prava, vremenski period korišćenja prava za koje se prihod isplaćuje, odbitke učinjene po osnovu naknade za upravljanje, druge odbitke i pravni osnov na osnovu koga su učinjeni, prihode koji nosiocu pra-

[20] U okvirima Evropske unije, ova mogućnost ima poseban značaj u pogledu izbora kolektivne ili druge organizacije, odnosno subjekta, nezavisno od njihove nacionalne pripadnosti, sedišta ili prebivališta; vid. tač. 19, st. 2 Direktive.

[21] Čl. 14 Direktive.

va nisu isplaćeni, kao i podatke za kontakt sa nosiocem prava kojima organizacija raspolaže (kako bi u slučaju njihove promene bila blagovremeno obaveštena).

Informacije o upravljanju pravima organizacija je dužna da dostavi, osim nosiocima prava, i drugim organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava, shodno zaključenim sporazumima o zastupanju, u dinamici od najmanje jednom godišnje i uključujući sledeće podatke kao obavezne: raspoređeni prihodi od prava, prihodi koji nisu isplaćeni za bilo koji period, odbici po osnovu naknade za upravljanje i učinjeni u bilo koju drugu svrhu, dobijena ili odbijena odobrenja s obzirom na predmet zaštite obuhvaćen sporazumom o zastupanju i odluke koje je donela skupština organizaicije a odnose se, direktno ili indirektno, na upravljanje pravima u okvirima sporazuma o zastupanju.[22] Na poseban i obrazložen zahtev nosioca prava, druge organizacije za kolektivno ostvarivanje prava ili korisnika, organizacija je obavezna da bez odlaganja dostavi podatke o svom repertoaru i pravima kojima upravlja – direktno ili u okviru sporazuma o zastupanju.

Najšira kategorija informacija koje organizacija za kolektivno ostvarivanje ima obavezu u unitarnom pravu da javno objavljuje na internet stranici odnose se na: odredbe statuta, uslove članstva, kao i otkazivanja odobrenja za upravljanje pravima, spisak članova organa upravljanja, opštu politiku raspodele, kriterijume utvrđivanja naknade za upravljanje, politiku odbitaka, model korišćenja neraspodeljivih iznosa, popis sporazuma o zastupanju sa drugim organizacijama, rešavanje prigovora i vođenje sporova u vezi sa delatnošću koju obavlja.[23]

Izveštaj o transparentnosti je obavezan dokument koji kolektivna organizacija javno objavljuje na godišnjem nivou, za prethodnu finansijsku godinu (najkasnije osam meseci naknon njenog završetka) i čini dostupnim najmanje u periodu od pet godina. Podaci na osnovu kojih su vršeni finansijski obračuni predmet su obavezne prethodne revizije. Izveštaj o transparentosti je dokument koji pruža celovit i detaljan pregled[24] ubiranja i raspolaganja prihodom od prava i uopšte finansijskog poslovanja organizacije i kao takav je od velikog značaja za aktivno, kontinuirano praćenje rezultata upravljanja ustupljenim pravima od strane interpretatora, odnosno nosilaca prava.

Polazeći od različitih kategorija subjekata – nosilaca interpretatorskog prava, u domaćoj poslovno-pravnoj praksi se različito stepenuje i pravo na dostu-

[22] Čl. 19 Direktive.

[23] Čl. 21 Direktive.

[24] Čl. 22, st. 2 Direktive.

pnost informacija o radu organizacije za kolektivno ostvarivanje prava. Razdvajanje kategorija sekundarnih nosilaca prava i uopšte zainteresovane javnosti, sa jedne, i grupacije članova, sa druge strane vodi različitim nivoima primene načela javnosti rada organizacije. Činjenje dostupnim podataka o nosiocima prava koje organizacija predstavlja i čija imovinska prava ostvaruje, kategorijama korisnika kao i sadržini opštih akata i ugovora zaključenih ugovora sa srodnim organizacijama - garantuje se za širi krug zainteresovane javnosti. Podatke o članovima Skupštine, Upravnog i Nadzornog odbora, o zasedanju Skupštine i odlukama Upravnog i Nadzornog odbora, kao i godišnjem izveštaju o poslovanju – organizacija je obavezna da učini dostupnim samo svojim članovima.[25]

UPRAVLJANJE PRIHODOM OD INTERPRETATORSKOG PRAVA

Prihod od interpretatorskog prava ubira organizacija za kolektivno ostvarivanje u ime nosilaca prava a na osnovu isključivog prava, prava na naknadu ili prava na nagradu. Organizacija ima obavezu da naplatu vrši efikasno i težeći optimalnom ostvarivanju interesa nosilaca prava. Upravljanje prihodom od prava u širem smislu obuhvata četiri podsegmenta: naplatu sredstava, njihovo korišćenje u cilju očuvanja, odnosno uvećanja vrednosti, odbitak naknade za rad organizacije i raspodelu prihoda nosiocima prava.

Zakonska je obaveza organizacije da sa svakim zainteresovanim korisnikom pod ravnopravnim uslovima zaključi ugovor o neisključivom ustupanju prava iskorišćavanja interpretacije iz svog repertoara, čiji bitan element predstavljaju visina i način plaćanja naknade.[26] Ubiranje prihoda po osnovu iskorišćavanja predmeta zaštite od korisnika prestavlja najznačajniji segment rada organizacije[27], s tim da organizacija može daljim ulaganjem tih sredstava ostvariti i dodatni prihod, čime se uvećava fond za raspodelu nosiocima prava. Sekundarno ostvarivanje prihoda plasiranjem sredstava ubranih od korisnika po osnovu korišćenja

[25] Vid. čl. 182 Zakona.

[26] Čl. 183 Zakona.

[27] U domaćem pravu, organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora prihod ostvaruje po osnovu: sredstava na ime interpretatorske naknade koja se ubira od korisnika, sredstava koja se naplaćuju na ime udela interpretatora u jedinstvenoj naknadi interpretatora i proizvođača fonograma, sredstava na ime udela interpretatora u posebnoj naknadi, sredstava koja se naplaćuju u inostranstvu preko bilateralnih ugovora organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, prihoda od imovine i vanrednih i drugih prihoda; vid. čl. 49, st. 1 Statuta organizacije Prava interpretatora, dostupno na: www.pravainterpretatora.org/propisi/statut (pristup 1.7.2018).

interpretacije organizacija realizuje poštujući sledeća pravila: izabran model ulaganja sredstava garantuje sigurnost, likvidnost i profitabilnost imovinskog portfolija u celini; pravi se diversifikacija unutar imovinskog korpusa kako bi se izbegao rizik na nivou celine; u slučaju potencijalnog sukoba interesa, bira se model ulaganja koji je u interesu nosilaca prava. Organizacija ima obavezu da u poslovnim knjigama odvojeno prikazuje prihod od prava i dohodak koji je ostvaren njegovim daljim plasmanom u odnosu na eventualnu svoju imovinu i dohodak koji bi proistekao iz nje, odnosno naknada za upravljanje ili drugih odvojenih aktivnosti.[28]

Naknada za upravljanje predstavlja iznos koji organizacija naplaćuje, odbija ili kompenzira od prihoda ostvarenog po osnovu prava ili dohotka koji je ostvaren ulaganjem prihoda od prava, kako bi namirila troškove svog rada u pogledu upravljanja uslugama autorskog ili srodnog prava.[29] Nosiocu prava informacije o iznosu, načinu obračuna naknade i dinamici njene naplate moraju biti predočene pre nego što organizaciji da nalog da upravlja njegovim pravima. Od prihodovanih sredstava organizacija odbija troškove svog rada, i opciono iznos sredstava izdvojenih za kulturne namene[30] ili za unapređenje statusa članova organizacije[31], a sav preostali iznos raspodeljuje nosiocima prava[32]. Organizacija nema ovlašćenje da prihod od prava, odnosno drugi dohodak koji je proistekao iz njegovog ulaganja prihoda, koristi u bilo koju drugu svrhu.[33] Odbici od prihoda moraju biti zasnovani na objektivnim kriterijuma i razumni u odnosu na usluge koje organizacija pruža nosiocima prava. To znači da njihova vrednost ne može biti veća od opravdanih i dokumentacijom potkrepljenih troškova koje organizacija snosi obavljajući poslove upravljanja srodnim (ili autorskim) pravom.

---

[28] Čl. 11, tač. 3 i 5 Direktive.

[29] Vidi čl.3, st. 1 (i) Direktive.

[30] Sprovođenje kulturnih, obrazovnih i društveno-odgovornih aktivnosti koje organizacija finansira po osnovu odbijanja od prihoda od prava interpretatora ili dohotka koji nastaje ulaganjem prihoda od prava mora biti zasnovano na pravičnim i poštenim kriterijumima, posebno u pogledu njihovog obima, strukture i kvalitativne veze sa predmetom zaštite.

[31] Čl. 184, st. 2 Zakona.

[32] U domaćem sistemu kolektivnog ostvarivanja prava interpretatora ukupni troškovi rada organizacije koji se finansiraju iz prihoda naplaćenog po osnovu intepretatorske naknade ne mogu biti veći od 30%, a vrednost sredstava za kulturne namene - od 10% godišnjeg neto prihoda; vid. Statut organizacije Prava interpretatora, čl. 50, st. 2 i 51, st. 3.

[33] Čl. 11, tač. 4 Direktive.

Raspodela sredstava nosiocima prava od strane organizacije mora biti redovna, precizno obračunata i sprovedena u što kraćem roku od dana ubiranja prihoda.[34] Osnovna načela na kojima se zasniva raspodela su pravičnost i srazmernost, a shodno vrsti interpretacije, načinu i obimu njenog korišćenja, kao i specifičnim ciljevima koje predviđaju unutrašnji akti organizacije za kolektivno ostvarivanje prava. Plan raspodele je opšti akt koji utvrđuje skupština organizacije za kolektivno ostvarivanje prava i njime su propisani kriterijumi na osnovu kojih se nosiocima prava raspodeljuje prihod koji je naplaćen od korisnika, u vidu naknade za iskorišćavanje interpretacije.[35]

Važno pitanje u okviru sistema raspodele predstavljaju neraspodeljena i neraspodeljiva sredstva, koja se javljaju kao posledica objektivne nemogućnosti organizacije da učini isplatu nosiocu prava koga ne može identifikovati ili pronaći. Prvi korak u takvoj situaciji podravumeva rezervaciju i čuvanje odnosnih sredstva na posebnom računu organizacije. Model propisan u pravu Evropske unije podrazumeva preduzimanje dodatnih aktivnosti kako bi nosilac prava bio pronađen, a ukoliko to ne bude slučaj nakon isteka roka od tri meseca, organizacija će informacije o interpretacijama za koje jedan ili više nosilaca prava nisu identifikovani, koje se odnose na: naslov interpretacije, ime nosioca prava, ime izdavača ili producenta i bilo koju drugu sporednu informaciju koja se smatra relevantnom da dovede do utvrđvanja nosioca prava - učiniti dostupnim, u prvom redu nosiocima prava koje zastupa i svim organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava sa kojim je zaključila ugovore o zastupanju.[36] U slučaju objektivne nemogućnosti da se iznosi koji pripadaju neidentifikovanim nosiocima raspodele i posle tri godine od kraja finansijske godine u kojoj je prihod od prava naplaćen - sredstva će se smatrati neraspodeljivima i o njihovoj nameni odluku donosi skupština organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, po pravilu za finansiranje aktivnosti (kulturnih, obrazovnih, socijalnih) u korist nosilaca prava.[37]

U domaćem pravu nadzor nad finansijskim poslovanjem organizacija sprovodi Zavod za intelektualnu svojinu, kome se dostavljaju: godišnji izveštaj o po-

[34] U pravu Evropske unije, raspodela se sprovodi najkasnije devet meseci od kraja finansijske godine u kojoj je prihod od prava naplaćen; izuzetak je situacije kada objektivni razlozi, a naročito oni koji se odnose na utvrđivanje prava, izveštavanje korisnika ili povezivanje informacija o predmetu zaštite, onemogućavaju organizaciju da poštuje takav rok (čl. 15, tač. 1, st. 2 Direktive).

[35] Čl. 167, st. 1 Zakona.

[36] Direktiva, čl. 13, tač. 3.

[37] Nezavisno od realizovanog plasmana neraspodeljivih sredstava, nosilac prava zadržava pravo da sredstva potražuje u opštim rokovima zastarelosti potraživanja.

slovanju, godišnji obračun naknada i izveštaj ovlašćenog revizora, kao i druga posredno relevantna dokumenta (plan raspodele, tarife, sudske i urpavne odluke).[38]. U sklopu završetka pregovora u okviru Poglavlja 7 u postupku pristupanja Evropskoj uniji očekuje se preciznije legislativno uređenje pitanja upravljanja prihodom ostvarenim od interpretatorskog prava od strane organizacija za kolektivno ostvarivanje prava. Model ka kome se ide pretpostavlja propisivanje bitnih elemenata tri najznačajnija dokumenta o finansijskom poslovanju: godišnjeg izveštaja o poslovanju organizacije[39], godišnjeg obračuna naknada[40] i posebnog izveštaja o sredstvima izdvojenim za kulturne namene i za unapređenje statusa članova organizacije[41]. Navedena akta, potpisana od strane direktora, predsednika upravnog i predsednik nadzornog odbora - uz knjigovodstvo organizacije, predstavljaju predmet zakonske revizije[42], s tim da bi izbor ovlašćenog revizora umesto, kao do sada, u nadležnosti Upravnog odbora - bio transponovan u delokrug skupštine organizacije. Načelo transparentnosti nalaže da se tri navedena dokumenta o ubiranju prihoda i njegovim daljim tokovima, do sprovedene raspodele, od strane organizacije javno objavljaju i čine dostupnima najmanje pet godina od dana objavljivanja.

Navedene zakonodavne intervencije, u sklopu usklađivanja sa rešenjima Direktive 2014/26/EU, rezultirale bi značajnim unapređenjem nivoa informisanosti nosilaca prava o različitim segmentima ubiranja prihoda po osnovu interpretatorskog prava i time vodile ka višem stepenu zaštite njihovog imovinskog interesa i uopšte pravnoj sigurnosti u odnosu sa organizacijom za kolektivno ostvarivanje prava, kao pretpostavljeno jačom stranom.

---

[38] Čl. 188, st. 2 Zakona.

[39] Obavezni podaci se odnose na: bilanse stanja i uspeha, izveštaj o protoku gotovine, aktivnosti organizacije u toku prethodne finansijske godine, godišnji obračun naknada, opis upravljačke strukture, naknade za rad upravnog odbora i direktora, sredstva izdvojena za kulturne namene i unapređenje statusa članova organizacije.

[40] Obavezni podaci se odnose na: ostvarene prihode organizacije razvrstane po vrsti prava i načinu iskorišćavanja, dopunske prihode organizacije, troškove organizacije, naknade nosiocima prava uz detaljan prikaz njihovog obračuna i saradnju sa drugim organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava.

[41] Obavezni podaci se odnose na vrednost izdvojenih sredstava i detaljno obrazloženje svrhe za koju je svaki pojedinači iznos opredeljen.

[42] Predmet zakonske revizije, shodno čl. 190. Zakona, osim knjigovodstva jesu još i godišnji izveštaj o poslovanju i godišnji obračun naknada, ali ne i poseban iuzveštaj o sredstvima izdvojenim za kulturne namene i za unapređenje statusa članova organizacije.

ZAKLJUČAK

Interpretator, odnosno nosilac prava zaključujući ugovor o ustupanju prava daje ovlašćenje organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava da određuje uslove za dalje korišćenje interpretacije, a pre svega da pregovara i dogovori visinu interpretatorske i posebne naknade, da zaključuje ugovore, izdaje dozvole za upotrebu interpretacije, vodi postupke radi zaštite prava, da prikuplja sredstva po osnovu korišćenja interpretacije i da njima upravlja do vršenja raspodele.

Kolektivna organizacija ostvaruje isključiva imovinska prava i pravo na naknadu nosliaca prava. U domaćem sistemu je profilisana kao neprofitno udruženje, konsekventno čemu je sredstva koja naplati u okvirima svoje zakonske nadležnosti, po odbitku stvarnih troškova rada (odnosno dozvoljenog nivoa troškova poslovanja i sredstava izdvojenih za kulturne namene ili unapređenje društvenog položaja članova) obavezna da raspodeli nosiocima prava. U supstancijalnom smislu, upravljanje interpretatorskim pravom od strane kolektivne organizacije se odnosi na izdavanje odobrenja korisnicima, reviziju korisnika, prikupljanje prihoda po osnovu iskorišćavanja prava, ostvarenje dohotka po drugim osnovama, praćenje ostvarivanja prava, zaštitu u slučajevima spora i raspodelu pojedinačnih naknada nosiocima prava.

U odnosu organizacije za kolektivno ostvarivanje prava i interpretatora, odnosno nosioca prava kao pojedinca (pa i u slučaju pravnog lica), a pretpostavka je – slabije strane u odnosu, poseban značaj ima dalje snaženje zaštite njegovog prava na potupnu i blagovremenu informisanost o načinu upravljanja prenetim imovinskim ovlašćenjima, kako bi i nadalje, kao titular prava, o zaštiti svojih interesa autonomno donosio odluke. Pravo na informisanost nosioca prava stoga korespondira načelu transparentnosti rada organizacija, čije dalje profilisanje treba očekivati i u domaćem legislativnom ambijentu. Tri su bitna polazišta za ovakav stav. Prvo, centralni segment odnosa predstavlja ubiranje naknade po osnovu emitovanja i reemitovanja, odnosno javnog saopštavanja interpretacije, kao i posebne naknade od strane organizacije, za račun nosioca prava. Drugo, organizacija je uprkos organizacionoj formi udruženja građana, u kvalitativnom smislu poslovanja i naročito upravljačkom korpusu, zapravo srodna društvu kapitala. Najzad, ekskluzivitet u obavljanju poverenih joj ovlašćenja efektivno znači uživanje monopolske pozicije u određenom segmentu ostvarivanja srodnih prava.

U domaćem pravu nadzor nad radom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava se sprovodi prevashodno od strane Zavoda za intelektualnu svojinu

RS, a onda i interpretatora, odnosno nosilaca prava kao članova organizacije, koji imaju pravo na potpunu i redovnu obaveštenost o upravljanju organizacije poverenim joj pravima. Kada to ovlašćenje, uz dalja očekivana preciziranja i dopune u skladu sa rešenjima Direktive 2014/26/EU, redovno bude ostvarivao što širi krug subjekata, steći će se uslovi da težište stvarne kontrole upravljanja pravima bude pomerano, sve do izmene navedenog redosleda vršilaca efektivnog nadzora.

U domenu autorskog i srodnih prava, domaće zakonodavstvo je u značajnom meri usklađeno sa pravnim tekovinama – propisima i standardima Evropske unije. Pregovarački proces o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji u oblasti intelektualne svojine u dosadašnjem toku pokazuje stabilnu dinamiku i preciznu sistematizaciju, koja, uvažavajući specifičnosti domaćeg pravnog i poslovnog ambijenta, utvrđuje redosled daljih aktivnosti i odgovarajućih rokova u pravcu potpunog sprovođenja pravnih tekovina EU.

Tri su merila čija ispunjenost predstavlja uslov za zatvaranje pregovora u Poglavlju 7: potrebno je da RS uskladi svoje zakonodavstvo sa pravnim tekovinama EU o autorskom i srodnim pravima, patentima i žigovima; potrebno je učiniti neophodne zakonodavne izmene kako bi se obezbedilo iscrpljenje prava u EU/EEP u svim oblastima od datuma priistupanja RS; potrebno je obezbediti dovoljan administrativni kapacitet za registrovanje prava intelektualne svojine, i ažurirati izveštaje o rezultatima sprovođenja zaštite prava od strane organa uprave i pravosuđa.[43]

Stepen usklađenosti domaće legislative u pojedinim podoblastima autorskog i srodnih prava je razumljivo različit. Najduži put očekuje rešenja u segmentu kolektivnog ostvarivanja prava, kao i izdavanja multiteritorijalnog odobrenja za pravo na internetsko korišćenje muzičkih dela na unutrašnjem unitarnom tržištu. Nešto povoljniju poziciju delimične usklađenosti uživaju pitanja pravne zaštite baze podataka[44] i ostvarivanja autorskog i srodnih prava u informatičkom domenu[45], kao i segmentu kablovskog emitovanja i reemitovanja[46]. Najzad, u nekim

[43] Zajednička pozicija Evropske unije za Poglavlje 7 - Pravo intelektualne svojine (www.mei.gov.rs/dokumenta/eudokumenta/pregovarackepozicijesaeu/pregovarackepozicijezap7/zajednickapozicijaeu; pristupljeno dana 7.7.2018.).

[44] Direktiva 96/9/EZ.

[45] Direktiva 2001/29/EZ.

[46] Direktiva 93/83/EEZ.

oblastima je ostvaren nivo gotovo potpune usklađenosti, na primer: pravo zakupa i pravo posluge ili stavljanje u promet primeraka dela i predmeta srodnih prava[47].

Očekivane izmene Zakona o autorskim i srodnim pravima[48], u cilju dosezanja potpune usklađenosti sa pravnim tekovinama Evropske unije, korespondiraće rešenjima sledećih direktiva: 93/83/EEZ o autorskom pravu koje se primenjuje na satelitsko emitovanje i kablovski prenos, 96/9/EZ o pravnoj zaštiti baza podataka, 2001/29/EZ o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, 2009/24/EZ o pravnoj zaštiti kompjuterskih programa, 2006/115/EZ o pravu zakupa i pravu posluge i određenim pravima srodnim autorskom pravu u oblasti intelektualne svojine, 2011/77/EU o trajanju zaštite autorskog i određenih srodnih prava[49], 2012/28/EU o određenim dozvoljenim upotrebama napuštenih dela i najzad – 2014/26/EU o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i višeteritorijalnom licenciranju prava u muzičkim delima za upotrebu na internetu na unutrašnjem tržištu.

Najznačajnija pitanja čije bi preciziranje u domaćem pravu doprinelo unapređenju zaštite interesa interpretatora, odnosno nosilaca prava u odnosima sa organizacijom za kolektivno ostvarivanje prava se tiču: modaliteta prenosa interpretatorskog prava, podizanja stepena informisanosti o upravljanju prihodom od prava, učešća različitih kategorija subjekata u donošenju odluka o poslovanju organizacije i primene opštih pravila o zaštiti konkurencije u sferi ostvarivanja srodnih prava.

Očekivan iskorak domaće regulative ka standardima rada organizacija za kolektivno ostvarivanje prava u Evropskoj uniji u domenu upravljanja ustupljenim srodnim pravom, posebno u segmentu naplate, raspolaganja, dopuštenih odbitaka i raspodele prihoda, i uređenja pitanja koja se odnose i na: donošenje izveštaja o transparentnosti, režim neraspodeljivih sredstava ili proširen predmet obavezne revizije, vodi potpunijem i pravičnijem sistemu praćenja pojedinih segmenata i efekata finansijskog poslovanja organizacije i konsekvento omogućava širu autonomiju volje u pogledu odlučivanja nosioca prava o optimalnim modelima njegovog korišćenja i zaštite.

---

[47] Direktiva 2006/115/EZ.

[48] Zajednička pozicija Evropske unije za Poglavlje 7 - Pravo intelektualne svojine.

[49] Kao najvažnija, javljaju se pitanja: roka ostvarivanja prava interpretatora i prava proizvođača fonograma, trajanja zaštite za muzičke kompozicije sa rečima, prava interpretatora da raskine ugovor sa proizvođačem fonograma, prava interpretatora na dodatnu godišnju naknadu i prava interpretatora na prijem periodične naknade.

SANJA DANKOVIĆ-STEPANOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Political Sciences,
University of Belgrade

MANAGEMENT OF INTERPRETOR RIGHT BY ORGANIZATION FOR COLLECTIVE REALIZATION OF THE RIGHTS

Summary

Although authentic individual interpreter's right, in domain of property authorizations is realized as a toungh of rule in an indirect way, i.e. by organization for collective protection of interpreters' rights. Right to compensation for broadcasting and/or rebroadcasting of interpretation and its public anauncement, as well as, separate compensation can be realized only throughout the system of collective realization of the right.

For management of interpreter right are supposed the following conditions, such as very high and firm standards, first of all in domain of financial management, full and timely reporting and freedom of right disposal, including modalities of its realization choice, by rights owners. At the time of determination of a right categories volume and a varieties of content of the rights of which it is managing organization of collective realization of interpereters' rights, it is important to establish appropriate balance between freedom of riths' owners to despose of interpretation, and ability of organisation to efficiently manage property rights of interpreters.

Revenue, that stems from interpreter rights is collected by organization on behalf of right owner on the basis of exclusive right, i.e. right to compensation and/or right to reword. Management of revenue, which stems from rights encompasses four subsegments, as follows: collection of revenues, their use in order to protect and/or to increase their value, deduction of compensation for work of the organization and revenue division to right owners.

The most important issues, which making them further more precise would in domestic law contribute to advancement of protection of interpeters and/or right owners in relationships with the organization for collective realization of the rights are of concern to modalities of transfer of interpreter's rights, financial aspects of right management, participation of various subjects at the organization bodies and aplication of general rules of competition protection in a field of similar rights realization.

SNEŽANA ŠARBOH

OGLAŠAVANJE NIŠTAVIM PATENATA I MALIH PATENATA

Iako je trajanje patenta vremenski ograničeno na 20 godina (za mali patent na 10 godina), mnogi patenti prestaju da važe i pre isteka tog roka. U najvećem broju slučajeva prestanak njihovog važenja nastaje usled neplaćanja propisanih godišnjih taksi za održavanje prava iz priznatog patenta. Međutim, patent može prestati da važi i usled oglašavanja ništavim. U našem patentnom pravu od samih početaka postoje odgovarajuće odredbe o poništaju patenta.

Naime, još je na osnovu Uredbe o zaštiti industrijske svojine od 15. novembra 1920. god. (koja je postala Zakon 17. februara 1922. god.) u § 33. bilo predviđeno da će se patent poništiti kad se dokaže da predmet pronalaska nije ni bio sposoban za patentiranje, a iz razloga ako se radi o pronalasku koji je isključen od patentne zaštite ili ako pronalazak nije bio nov pre podnošenja prijava. Takođe je bilo predviđeno da će se patent samo delimično poništiti, ako se uzroci za poništaj patenta dokažu samo za jedan deo patenta.

Prema ovoj Uredbi, izvršno rešenje o poništavanju patenta imalo je povratno dejstvo od dana prijave poništenog patenta, osim u slučaju ako je patent poništen zbog toga što je patentirani pronalazak predmet ranije prijavljenog patenta, jer tada izvršno rešenje o poništavanju patenta nije imalo povratno dejstvo na li-

Dr Snežana Šarboh, samostalni savetnik Zavoda za intelektualnu svojinu, Beograd.

cencu koju je vlasnik poništenog patenta pravilno dao, a treće lice je savesno pribavilo, ako je prošla godina dana od njenog upisa u patentni registar i ako nikakva zabeleška spora nije bila upisana u patentnom registru, koja bi dovela do brisanja licence.

O poništaju patenata rešavao je Odbor za osporavanje, koji se sastojao iz pet stalnih ili privremenih članova Uprave za zaštitu industrijske svojine sastavljen od dva pravnika i tri tehnička lica, pri čemu je bilo predviđeno da ovom Odboru predsedava predsednik same Uprave ili onaj koga on odredi, dok je ostale članove određivao predsednik ili onaj koji je predsedavao, iz reda stalnih ili privremenih članova Uprave koji po spornom predmetu nisu učestvovali pri rešavanju u prijavnom Odseku.

Protiv rešenja Odbora za osporavanje mogla se izjaviti žalba Kasacionom Odboru Uprave za zaštitu industrijske svojine u roku od trideset dana po prijemu rešenja. Ovaj Odbor se sastojao iz pet članova i to tri člana jednog od najviših sudova, od kojih je najstariji bio predsednik ovog Odbora, i dva stručnjaka koja je pozivao predsednik Odbora iz liste privremenih članova Uprave vodeći računa da ni jedan od tih članova nije učestvovao pri rešavanju ili osporavanju spornoga predmeta pri Upravi za Zaštitu Industrijske Svojine. Ovakav dvostepeni postupak oglašavanja ništavim u praksi se pokazao kao veoma dobar, jer je pri odlučivanju u postupku oglašavanja ništavim omogućavao visok stepen objektivnosti u odlučivanju, kao i kompetentno bavljenje tehničkim pitanjima koja inače imaju veliki značaj u postupku oglašavanja ništavim.

U odnosu na ovako koncipiran sistem, posleratni Zakon o pronalascima i tehničkim usavršenjima iz 1948. godine predviđao je znatno jednostavnija rešenja. Naime, prema ovom zakonu bilo je moguće voditi spor o pravilnosti izdavanja pronalazačkog svedočanstva i patenta, pri čemu su pravo da osporavaju pravilnost izdavanja pronalazačkog svedočanstva ili patenta u pogledu na novost pronalaska imali državna nadleštva, ustanove i preduzeća, zadružne i druge društvene organizacije, kao i pojedini građani, a tužba za osporavanje novosti izdatog pronalazačkog svedočanstva ili patenta podnosila se Saveznoj upravi za pronalazaštvo. Pravo na podnošenje tužbe za osporavanje novosti patenta trajalo je u celom roku važenja patenta. Međutim, ovom zakonu nedostajale su odredbe kojima bi bio preciznije određen tok samog spora, ali i obezbeđivanje objektivnosti u odlučivanju. U nedostatku istih, na postupak oglašavanja ništavim su primenjivane odredbe odgovarajućih propisa o upravnom postupku, kao i odredbe Pravilnika o izvršavanju predratnog Zakona (od 1. maja 1928. god. koji je zamenio Nared-

bu od 30. novembra 1920. god. o izvršenju uredbe o zaštiti industrijske svojine od 17. novembra 1920. god.).

Zakon o patentima i tehničkim unapređenjima iz 1960. godine doneo je velike promene u pogledu poništaja patenata. Kao prvo, znatno je povećan broj osnova za potpuno ili delimično poništavanje patenata. Naime, osim nepostojanja novosti, kao kriterijum za poništaj patenta se navodi nedovoljno otkrivanje pronalaska, kao i slučaj kada je predmet patenta pronalazak koji je isključen od patentne zaštite.

Za razliku od ranijih propisa, ovim zakonom je bilo predviđeno da će se, ako lice koje je podnelo zahtev za poništaj patenta u toku postupka odustane od zahteva, postupak obustaviti, osim u slučajevima ako nosilac patenta ne zatraži da se postupak nastavi ili ako Uprava za patente ne smatra da iz opravdanih razloga treba nastaviti postupak po službenoj dužnosti, što do tada nije bio slučaj. Po zahtevu za poništaj Uprava za patente je donosila rešenje kojim se zahtev potpuno ili delimično usvaja ili ga potpuno odbija. Ipak, ni ovim zakonom nije bio preciznije određen tok postupka, niti je u potpunosti bila obezbeđena objektivnost u odlučivanju.

Iako ima dosta sličnosti za prethodnim, Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja iz 1981. godine u vezi oglašavanja ništavim je imao svoje specifične odredbe, od kojih treba izdvojiti odredbu člana 111. prema kojoj ako obaveznom licencom nije mogla da se postigne svrha zbog koje je licenca data, na zahtev zainteresovane organizacije udruženog rada ili drugog lica, a po prehodno pribavljenom mišljenju saveznog organa uprave, odnosno savezne organizacije nadležne za oblast u kojoj pronalazak treba da se primeni, onda se patent može poništiti.

Pored navedenog, u članu 114. je bilo određeno da se rešenje o priznanju prava kojima se štiti pronalazak može oglasiti ništavim ako se utvrdi da nisu postojali uslovi predviđeni ovim zakonom za priznanje tog prava, a naročito ako opis pronalaska uz prijavu patenta nije jasan i potpun, tako da prosečan stručnjak prema opisu ne može da ga primeni u proizvodnji, čime je posebno naglašen značaj izvodljivosti pronalaska. Kao i u prethodnom zakonu postojala odredba da ako podnosilac predloga za oglašavanje ništavim rešenja o priznanju prava kojima se štiti pronalazak u toku postupka odustane od svog predloga, onda Zavod može da nastavi postupak po službenoj dužnosti, kao i mogućnost da se pomenuti postupak nastavi i na zahtev nosioca tog prava. Iako je članom 115. bilo određeno da se uz predlog za oglašavanje ništavim podnose potrebni dokazi, i ovaj za-

kon karakterišu napred navedeni nedostaci u pogledu određivanja toka postupka i obezbeđivanja objektivnosti u odlučivanju.

Zakon o patentima iz 1995. godine daje još veći značaj ulozi Zavoda u pogledu oglašavanja ništavim rešenja o priznanju patenta i malog patenta, koji je upravo ovim zakonom uveden u naše patentno pravo. Naime, članom 73. je bilo predviđeno da Zavod može oglasiti ništavim rešenje o priznanju patenta, odnosno malog patenta za sve vreme trajanja ovih prava, na predlog zainteresovanog lica ili čak po službenoj dužnosti, što predstavlja dosta neuobičajeno rešenje u praksi patentnog prava. Za razliku od prethodno pomenutih zakona iz posleratnog perioda, razlozi za oglašavanje ništavim su jasno definisani i taksativno nabrojani i to su slučajevi kada predmet zaštite nije pronalazak u smislu zakona, kada pronalazak pripada kategoriji pronalazaka koji su isključeni iz zaštite, zatim ako pronalazak nije nov ili nema inventivni nivo, te ako pronalazak nije opisan potpuno i jasno tako da ga stručnjak iz odgovarajuće oblasti tehnike može primeniti; kada je u navedenim slučajevima, patent, odnosno mali patent mogao biti poništen u potpunosti.

Međutim, ukoliko bi bilo utvrđeno da je priznat širi obim prava od obima koji je mogao biti podržan opisom pronalaska na dan podnošenja prijave, odnosno na dan od kog je priznato pravo prvenstva prijave, onda se oglašavao ništavim samo deo rešenja kojim se priznaje zaštita šira od dozvoljene.

Slično kao i u prethodnim zakonima, bilo je propisano da ako podnosilac predloga za oglašavanje ništavim rešenja o priznanju prava kojima se štiti pronalazak u toku postupka odustane od svog predloga, onda je Zavod mogao da nastavi postupak po službenoj dužnosti (*ex officio*).

Mada je poništaj patenta imao pravno dejstvo *ex tunc*, članom 74. je bilo predviđeno da oglašavanje ništavim rešenja o priznanju prava ima pravno dejstvo *ex nunc*, odnosno da nema retroaktivno dejstvo na pravnosnažne sudske odluke u vezi sa utvrđenjem povrede prava, kao i na zaključene ugovore o prenosu prava, odnosno ustupanju licence ako su, i u meri u kojoj su, ti ugovori izvršeni, pod uslovom da je tužilac, odnosno nosilac prava savestan, pri čemu u slučaju oglašavanja ništavim rešenja o priznanju malog patenta navedeni stav nije primenjivan ako je rešenje oglašeno ništavim zato što predmet prijave nije pronalazak u smislu zakona, ili ako pronalazak koji je predmet prijave pripada kategoriji pronalazaka koji su isključeni iz zaštite.

Primena ovog zakona u praksi je uzrokovala nekoliko problema. Kao prvo, postavljalo se pitanje objektivnosti Zavoda u odlučivanju po rešenju koje je sam doneo, što je u praksi bilo obezbeđeno isključivanjem službenih lica koja su neposredno bila angažovana na donošenju osporenog rešenja. Kao drugo, mogućnost da Zavod nastavi postupak po službenoj dužnosti i u slučaju kada je podnosilac predloga odustao od njega, ostavljala mu je diskreciono pravo koje nije bilo uobičajeno u međunarodnom uporednom patentnom pravu. Tokom primene ovog zakona najviše predloga za oglašavanje ništavim bilo je vezano za male patente, što nije neočekivano imajući u vidu da donošenju rešenja o priznanju malog patenta nije prethodilo ispitivanje kriterijuma patentibilnosti (novost, inventivnost, primenljivost).

S druge strane, pojedini nesavesni nosioci malih patenata su štitili pronalaske koje nisu uspeli da zaštite u ranijim postupcima po prijavama patenata ili tuđe pronalaske koje su videli u zemlji ili inostranstvu, pri čemu su im posebno išle na ruku odredbe napred navedenog člana 74. o nepostojanju retroaktivnosti dejstva oglašavanja ništavim na pravosnažne sudske odluke.

Ovakva zakonska rešenja su u velikoj meri korigovana odredbama iz sledećeg Zakona o patentima („Sl. list SCG", br. 32/2004), čije odredbe o oglašavanju ništavim su harmonizovane sa odredbama Konvencije o evropskom patentu. Najznačajnije promene se odnose na ukidanje mogućnosti da Zavod vodi postupak, ili nastavi da vodi postupak po službenoj dužnosti u slučaju odustanka podnosioca predloga za oglašavanje ništavim.

Razlozi za oglašavanje ništavim patenta, odnosno malog patenta su bili slični kao u prethodnom zakonu, i to su slučajevi ako predmet zaštite nije pronalazak u smislu zakona ili kada pripada kategoriji pronalazaka koji su izuzeti iz zaštite, zatim ako pronalazak na dan podnošenja prijave patenta, odnosno na dan priznatog prava prvenstva nije bio nov, nije imao inventivni nivo ili nije bio industrijski primenjiv ili ako pronalazak nije opisan potpuno i jasno tako da ga stručnjak iz odgovarajuće oblasti može izvesti. Ako je bio priznat širi obim prava od obima koji je mogao biti podržan opisom pronalaska na dan podnošenja prijave, odnosno na dan od kog je priznato pravo prvenstva prijave, ili ako je pravo priznato za izdvojenu prijavu čiji je sadržaj širi od sadržaja prvobitne prijave, kako je podneta, ništavim se oglašavao samo deo rešenja kojim je bila priznata zaštita šira od dozvoljene. Razlog za oglašavanje ništavim nije mogao biti zahtev za zaštitu prava poslodavca, odnosno zaposlenog, niti utvrđivanje svojstva pronalazača, već su oni mogli biti samo osnov za podnošenje tužbe nadležnom sudu budući da predstav-

ljaju predmet građansko-pravne zaštite. Međutim, sam tok postupka po predlogu za oglašavanje ništavim je bio jasnije i preciznije definisan nego što je to bio slučaj u većini prethodnih zakona.

Razlozi za oglašavanje ništavim patenta, odnosno malog patenta, koji su navedeni u članu 128. aktuelnog Zakona o patentima („Sl. glasnik RS", br. 99/2011 i 113/2017), ne razlikuju se od onih u prethodnom zakonu. Osnovne razlike između ova dva zakona ogledaju se u procesnopravnom delu, koji je predmet člana 130. aktuelnog Zakona. Naime, slično Zakonu o patentima iz 1995. godine, odredbe ovog člana ponovo daju veći značaj ulozi Zavoda u vođenju postupka po predlogu za oglašavanje ništavim. Ovo se naročito ogleda u stavovima 10. do 15. pomenutog člana, koji se odnose na slučaj kada Zavod utvrdi da ima osnova da patent ili mali patent ostane na snazi u izmenjenom obliku. Ukoliko nosilac prava ne prihvati tekst patentnih zahteva u izmenjenom obliku, onda shodno stavu 15. ovog člana Zavod donosi rešenje o delimičnom oglašavanju ništavim patenta ili malog patenta, kojim se patent ili mali patent održava u važnosti u izmenjenom obliku, prema tekstu patentnih zahteva koji je strankama dostavljen na saglasnost, a koji u u slučaju iz stava 11. ovog člana, sastavlja sam Zavod, što nije uobičajeno rešenje u oblasti patentnog prava.

Pored navedenog, veća uloga Zavoda se ogleda i u tome što Zavod podnosiocu predloga može produžiti rok za uređivanje za predloga oglašavanje ništavim za vreme koje smatra primerenim. Isto tako, Zavod u toku postupka može da poziva stranke, onoliko puta koliko je potrebno, da dostave svoje primedbe na podneske druge strane. Dalje, prema stavu 7. člana 130. je propisano da Zavod održava usmenu raspravu samo ako oceni da je njeno održanje nužno za utvrđivanje činjenica bitnih za donošenje odluke po predlogu, što znači da usmena rasprava nije obavezni deo postupka po predlogu za oglašavanje ništavim.

Pošto je Republika Srbija postala punopravni član Evropske patentne organizacije od 1. oktobra 2010. godine, pored nacionalnih patenata, predmet oglašavanja mogu biti i evropski patenti koji su upisani u Registar patenata, u skladu sa Zakonom o patentima, pri čemu se, u skladu sa članom 157. Zakona, postupak vodi pred Zavodom, sa dejstvom na Republiku Srbiju. Ako je Zavodu podnet predlog za oglašavanje ništavim evropskog patenta nakon što je pred Evropskim zavodom za patente pokrenut postupak povodom prigovora iz člana 99. Konvencije o evropskom patentu ili zahteva za ograničenje ili oglašavanje ništavim iz člana 105a Konvencije, Zavod će prekinuti postupak povodom predloga za oglaša-

vanje ništavim do okončanja navedenih postupaka pred Evropskim zavodom za patente.

U aktuelnoj praksi Zavoda po predlogu za oglašavanje ništavim rešava Stručna komisija koju sačinjavaju dva patentna inženjera i jedan pravnik, pri čemu svaki član komisije ima specifična zaduženja - pravnik se stara o procesnom delu postupka, dok patentni inženjeri pripremaju stručno mišljenje koje predstavlja osnov za rešenje o predlogu za oglašavanje ništavim.

Izradi stručnog mišljenja prethodi sprovođenje postupka koji sadrži nekoliko radnji. Kao prvo, patentni inženjeri - članovi komisuje utvrđuju koji je razlog naveden u predlogu za oglašavanje ništavim. U praksi predlagač može tražiti poništaj patenta iz jednog ili više razloga, na primer, iz razloga nepostojanja novosti i inventivnog nivoa; za oglašavanje ništavim dovoljno je da se dokaže da je zadovoljen bar jedan od njih.

Posle toga, patentni inženjeri analiziraju osporeni patent. U slučaju osporavanja novosti ili inventivnosti, patentni inženjeri kao prvo utvrđuju predmet zaštite patentom, odnosno malim patentom, koji je inače određen patentnim zahtevima. Sledeći korak postupka je analiza dokaza koje je dostavio podnosilac predloga. Kao dokazi se najčešće koriste odgovarajući dokumenti koji spadaju u patentnu ili nepatentnu dokumentaciju, pri čemu je neophodno utvrditi da je odgovarajući dokument postao dostupan javnosti pre datuma podnošenja prijave za osporeni patent, odnosno da li je predstavljao deo stanja tehnike za predmetni patent; u slučaju da to nije moguće, taj dokument neće biti uzet u razmatranje.

Pri tome, treba biti posebno obazriv pri analizi projektne i izvođačke tehničke dokumentacije koja najčešće pripada pravnom licu koje je podnosilac zahteva za oglašavanje ništavim, pošto treba proveriti da li se ta dokumentacija nalazila pod režimom poslovne, odnosno službene tajne, jer u slučaju potvrdnog odgovora ona ne predstavlja stanje tehnike za osporeni patent. Za osporavanje novosti pronalaska mogu se koristiti i tehnička rešenja koja su postala dostupna javnosti usmenim opisom, pri čemu je potrebno raspolagati dokumentom u kome je reprodukovano odgovarajuće usmeno izlaganje, čak i ako je takav dokument objavljen posle dana podnošenja prijave patenta. Tehnička rešenja koja su postala dostupna javnosti upotrebom tj. koja su se mogla videti na tržištu takođe se mogu koristiti za osporavanje novosti, a interesantno je da su se u praksi Zavoda pojavljivali ovakvi slučajevi (napr. u slučaju jugoslovenskog patenta YU 47947 B).

Pored navedenih, za osporavanje novosti mogu se koristiti i tehnička rešenja koja su postala dostupna javnosti na bilo koji drugi način, kao što je, na primer prezentacija informacija elektronskim putem pomoću savremenih sredstava telekomunikacija, kao što je Internet. U narednom koraku patentni inženjeri proveravaju da li među dostavljenim dokazima postoji dokument koji ima identične karakteristike sa patentnim zahtevima osporenog patenta, jer se za osporavanje novosti pronalaska ne može koristiti zbir karakteristika više dokaza. Ukoliko je to slučaj, patentni inženjeri će utvrditi nepostojanje novosti pronalaska, što je dovoljan razlog za poništaj, te dalje ispitivanje dostavljenih dokaza nije više potrebno.

U slučaju osporavanja inventivnog nivoa, postupak je veoma sličan, s tom razlikom što se pri ocenjivanju inventivnog nivoa pronalaska vrši kombinovanje dva dokumenta, osim u posebnim slučajevima čije razmatranje izlazi iz okvira ovog teksta.

U suštini, analiza dostavljenih dokaza predstavlja postupak sličan postupku ispitivanja prijave patenta, sa tom razlikom što se ispituju samo razlozi na koje je podnosilac predloga u svom predlogu ukazao i što je teret dokaza isključivo na podnosiocu predloga, odnosno vrši se analiza samo dostavljenih dokaza.

Na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja izrađuje se stručno mišljenje u kome se predlaže usvajanje, odbijanje ili (u slučaju priznatog šireg obima prava od onog koji je mogao biti podržan opisom na dan podnošenja prijave) delimično usvajanje predloga za oglašavanje ništavim. Ovaj izveštaj služi kao osnova za donošenje rešenja kojim se oglašava ništavim rešenje o priznanju patenta u celini ili delimično ili se predlog odbija. Zavod u roku od tri meseca od datuma pravosnažnosti odluke kojom se oglašava ništavim rešenje o priznanju patenta objavljuje podatke o tom patentu u službenom glasilu.

SNEŽANA ŠARBOH, LL.D.,
Senior counselor, Intellectual property office,
Belgrade

ADVERTISEMENT TO THE NET PATENT OR PETTY PATENT

Summary

The legal protection of an invention shall be attained within the course of an administrative procedure conducted by the Intellectual Property Office of Serbia (IPO), whereas a patent shall

mean a right granted for an invention in any field of technology, which is new, involves an inventive step and is susceptible of industrial application and it shall be granted The patent law in general contains provisions relating to revocation of decision to grant a patent, petty patent or validated European patent (due to the fact that the Republic of Serbia has been a member of the European Patent Organisation since 2010). In accordance with the Patent Law from 2011 the IPO shall revoke a decision on its grant on request of an interested person at any time during the term of a patent or petty patent. The procedure for the revocation of a decision to grant a patent or petty patent shall be instituted with the filing of an application with the Office. Based on the conducted procedure for the revocation of a decision to grant a patent or petty patent, the Office shall either take a decision to revoke the decision on the grant of the patent or petty patent in whole or in part, or refuse the corresponding application.

NJEGOSLAV JOVIĆ

ZVUČNI ŽIG

U V O D

Žigovi služe za obilježavanje roba i usluga jednog privrednog subjekta kako bi se iste razlikovale od istih ili sličnih roba i usluga od drugih privrednih subjekata. Tradicionalne forme žigova kao što su žigovi od slova, riječi, crteža, brojeva ili kombinacija istih zadovoljavaju potrebe privrednih subjekata. Međutim, sve većim razvojem trgovine, širenjem djelovanja multinacionalnih kompanija na međunarodnom nivou, privredni subjekti su postali kreativniji i traže nove forme žigova kojima će obilježavati svoje proizvode i usluge. Na taj način su nastali i nekonvencionalni žigovi.

Nekonvencionalni ili netradicionalni žigovi su relativno nove vrste žigova. Zavisno od države do države postoje teškoće u njihovoj registraciji. Neke države svojim zakonskim propisima iz oblasti žigovnog prava dozvoljavaju registraciju svih nekonvencionalnih žigova, druge dozvoljavaju registraciju samo nekih nekonvencionalnih žigova. Uslovi koje pri tom države propisuju su različiti tako da je praksa neujednačena.

Usvajanjem novih propisa o žigu u okviru EU uvedene su promjene koje se sastoje od uklanjanja uslova grafičkog prikaza iz definicije žiga EU i nacionalnih žigova. Ovo ima za posljedicu mogućnost prihvatanja novih vrsta žigova koje

---

Njegoslav Jović, MA, viši asistent Pravnog fakulteta Univerzitet u Banjoj Luci.

do sada nisu mogle biti registrovane. Za očekivati je da će i druge države svijeta postepeno ukidati zahtjev za grafičko predstavljanje za one vrste žigova koji nisu vizuelno uočljivi i koji se mogu nadležnom registru dostaviti u drugom adekvatnom formatu, npr. zvučne oznake u audio zvučnom zapisu u *MP3* ili *JPEG* formatu.

Nekonvencionalni žigovi, za razliku od tradicionalnih žigova, zahtijevaju veći marketing i upotrebu da bi postali prepoznatljivi kao oznaka koja razlikuje proizvode i usluge jednog privrednog subjekta od drugih. Međutim, hipoteza je da kad nekonvencionalna oznaka npr. zvučna oznaka postane prepoznatljiva, da ima veći potencijal za označavanje robe i usluga od tranicionalnih žigova za privredne subjekte.

UOPŠTE O NEKONVENCIONALNIM ŽIGOVIMA

Vlasnici žigova traže uvijek nove i uzbudljivije načine da učine svoje proizvode atraktivnijim od svojih konkurenata. Oblici, zvuci, boje pa i mirisi postaju sve popularniji način promovisanja robe i usluga.[1]

Uobičajno se pod nekonvencionalnim žigovima smatraju zvučni žigovi, mirisni žigovi, žigovi u boji, mobilni žigovi, trodimenzionalni žigovi, promjenljivi žigovi, okusni (gustativni) žigovi, gestikulativni (gestovni) žigovi, taktilni žigovi, položajni žigovi, hologramski žigovi, enterijerski žigovi, arhitektonski žigovi i dr.[2]

Zajednička karakteristika nekonvencionalnih žigova jeste da oni uglavnom nisu vizuelno uočljivi, ali imaju određeni stepen identifikacije koji mogu da prepoznaju potrošači.[3]

Jedan od uobičajnih uslova za registaciju tradicionalnih žigova je bio grafičko predstavljanje oznake za koju se traži registacija žiga. Grafičko predstavanje nekonvencionalnih ili netradicionalnih žigova može biti prepreka za njihovu registraciju. Mnogi od nekonvencionalnih žigova se ne mogu, ili se otežano mogu prikazati grafički. Osnovno obrazloženje za grafičko predstavljanje je bilo lakše

[1] Seiko Hidaka, Nicola Tatchell, Mark Daniels, Bonita Trimmer, Adam Cooke, "A Sign of the Times? A Review of Key Trade Mark Decisions of the European Court of Justice and Their Impact Upon National Trade Mark Jurisprudence in the EU", *The Trademark Reporter*, Vol. 94, No. 5, 2004, 1120.

[2] Vid. Dragan Zlatović, *Žigovno pravo*, Zagreb 2008, 87-101; Vidoje Spasić, *Pravo intelektualne svojine*, Niš 2018, 165-174.

[3] Disha Gupta, "Non-Conventional Trademarks and its Prospects", *Intellectual Property Rights Law Review*, Vol. 3, Issue 3, 2017, 21.

pretraživanje registara žigova od strane zainteresovanih lica i utvrđivanja obima zaštite za registrovane žigove.

Nekonvencionalne oznake takođe moraju da ispune apsolutne i relativne uslove za zaštitu predviđene međunarodnim konvencijama i zakonskim propisima država u kojima se zaštita traži. Ove oznake su uticale da se prijave za registraciju tradicionalnih žigova prilagode multimedijalnom okruženju i ovim novim vrstama žigova od kojih neke nisu vizuelno vidljive.

ZVUČNI ŽIG

Zvučni žig je žig koji se sastoji isključivo od zvuka ili kombinacije zvukova.[4] Zvuk može biti i sastavni dio multimedijalnog žiga. Multimedijalni žig je žig koji se sastoji od kombinacije slike i zvuka ili ih obuhvata.[5] Zvučni žig mora biti prikazan podnošenjem audio zapisa u kojem se reprodukuje zvuk ili tačnim prikazom zvuka notnim zapisom.[6] Multimedijalni žig mora biti prikazan podnošenjem audiovizuelnog zapisa koji sadržava kombinaciju slike i zvuka.[7]

Zvučni žigovi su vjerovatno najzapažljiviji netradicionalni žigovi. Mogu se sastojati od muzičkih tonova, govora ili pjevanja, buke životinja ili bilo kog drugog zvuka. Muzika može uticati na kupce npr. u prodavnicama ili restoranima.[8] Zvučni žigovi su kao nekonvencionalni žigovi nastali u američkom pravnom sistemu sredinom prošlog vijeka. Upotrebljavali su se prvobitno u radio-reklamama a kasnije su se proširili i na druge segmente.[9] Zvukovi ostaju u svijesti potrošača čak i kad oni ne obraćaju pažnju na njih. Televizija i radio neprekidno emituju privlačne muzičke džinglove koji su postali uobičajna marketinška praksa. Zvučni žig posjeduje poseban kvalitet i može se koristiti na globalnom nivou,

---

[4] Evropska mreža žigova i dizajna (ETMDN), Zajedničko saopštenje o prikazu novih vrsta žigova, 01.12.2017, 4. Dostupno na: https://www.dziv.hr/hr/novosti/objava-zajednicke-komunikacije-nacionalnih-ureda-drzava-clanica-europske,2545.html, pristupljeno, 19.09.2018.

[5] Isto, 4.

[6] Isto, 4.

[7] Isto, 4.

[8] Jerome Gilson, Anne Gilson LaLonde, "Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks", *The Trademark Reporter*, Vol. 95, No. 4, 2005, 801-802.

[9] V. Spasić, 166.

na međunarodnom tržištu i na taj način njegovi nosioci mogu izbjeći probleme koji se odnose na različite jezike i kulturne barijere.[10]

Grafički prikaz za zvučne muzičke oznake je izvodljiv u vidu notnog zapisa. Međutim, veoma je teško razumjeti značenje zvučne oznake jednostavno gledajući notni zapis. Čitalac bi morao imati visoko znanje o muzičkim zapisima da bi razumio kako sam žig zvuči u stvarnosti.

Onomatopejski zvuci kao što su npr. "zujanje pčele", ili "lajanje psa" ne mogu biti predstavljeni u notnom zapisu ali mogu biti predstavljeni u onomatopejskim opisima.[11] Ovakav grafički prikaz onomatopejskih zvukova je prihvatljiv za registraciju u SAD-u. Međutim, u EU ovakav grafički opis nije bio prihvatljiv za registraciju u prijavi za registraciji "rike lava" (u prijavi naveden kao sonogram) koju je podnio *Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp.*[12]

Zvučni žig je namijenjen za korišćenje u multimedijalnom okruženju gdje se njegov dinamizam vrši tehnološkim sredstvima i nema potrebe za njegovim vizuelnim prepoznavanjem.[13] U praksi se ipak može pojaviti problem provjere sličnosti zvučnih žigova. U odsustvu grafičkog prikaza procjena različitosti zvučnih žigova bi bila bez vizuelnog prikaza i bila bi oslonjena na ljudsko slušanje koje ne može biti dovoljno pouzdano i bilo bi suviše subjektivno. Rješenje bi bilo u primjeni tehnologije koja bi mogla da zvučne oznake prepozna kroz digitalnu analizu audio signala.[14]

Terminologija zvučni ili muzički žig

U teoriji postoje shvatanja da je pravilniji termin muzički žig budući da se samo on može grafički prikazati u vidu notnog zapisa. Muzički žig je simbol proizvoda i usluga koje obilježava, dok su note simboli preko kojih se sadržaj mu-

[10] *Francesca Fischione, "The Protection of Non-Traditional Marks within the European Union", 5. Dostupno na:* http://ssrn.com/abstract=2673815, pristupljeno, 30.08.2018.

[11] Luv Virmani, "Protecting Non-Conventional Trademarks: Unwinding the Scope of Colour, Smell and Sound Marks", *The World Journal On Juristic Polity*, August 2017, 10.

[12] Žalba Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation br. 143 891 koja se odnosi na prijavu žiga Zajednice (EU), Predmet R 781/1999-4, Odluka Četvrtog žalbenog odbora OHIM-a (EUIPO), 25.08.2003, ispravljena 29.09.2003. Nav. prema David Vaver, "Recent Trends in European Trademark Law: of Shape, Senses and Sensation", *The Trademark Reporter*, Vol. 95, No. 4, 2005, 903.

[13] *F. Fischione, 7.*

[14] Isto, 8.

zičkog žiga ispoljava.[15] Zaštita muzičkog žiga ne obuhvata zaštitu notnog zapisa. Muzika jeste zvuk, ali nije svaki zvuk muzika. Muzika je umjetnost koja se služi tonovima kao sredstvom svoga izraza. Tonovi su zvuci koji imaju određenu visinu, jačinu, trajanje i boju.[16] Zvuk je širi pojam od tona pod kojim podrazumijevamo sve što nastaje treperenjem neke elastične čvrste materije ili vazdušnog stuba u cijevi što čovjek spoznaje auditivnim putem.[17] U prirodi postoje i neartikulisani zvuci kao što su lupa, grmljavina, škripa i dr. čije su amplitude oscilovanja nepravilne i periodične, pa je njihov grafički prikaz otežan.[18]

Ukidanjem grafičkog prikaza kao obaveznog uslova za registraciju žiga u okviru EU, omogućava se registracija i ostalih zvučnih žigova. Mišljenja smo da je naziv zvučni žig ipak adekvatniji, a da je muzički žig samo jedna od njegovih vrsta.

Zvučni žigovi u SAD

U SAD-u podnosioci prijave žiga ne moraju dostavljati grafički prikaz oznake, ako je oznaka nevizuelna tj. ako je npr. zvuk ili miris. Prema *Lanham Act*-u izraz "žig" obuhvata bilo koju riječ, ime, simbol ili uređaj ili bilo koju njegovu kombinaciju: koje koristi lice; ili koje lice ima savjesnu namjeru da koristi u trgovini i podnese zahtev za registraciju u glavnom registru u cilju da identifikuje i razlikuje svoju robu, uključujući i jedinstveni proizvod, od onih proizvedenih ili prodatih od strane drugih i da ukazuju na porijeklo robe, čak i ako to porijeklo nije poznato.[19]

Podnosilac prijave nije dužan da podnese grafički crtež ako se oznaka sastoji samo od zvuka, mirisa ili druge potpuno nevidljive materije. Za ove vrste znakova, podnosilac zahtjeva mora podnijeti detaljan opis oznake. U papirnoj prijavi, podnosilac prijave treba u prijavi jasno naznačiti da je oznaka "nevizuelna oznaka". Ako podnosilac zahtjeva podnese prijavu u *Trademark Electronic Application System* (*TEAS*) za zvučnu oznaku, podnosilac zahtjeva treba da odabere oznaku zvuka kao tip žiga. Ako podnosilac zahtjeva odabere oznaku zvuka kao tip žiga u aplikaciji *TEAS*-a, od podnosioca zahtjeva se zahtijeva da naznači da

[15] Vladimir Marić, *Forma žiga*, Beograd 2003, 39.

[16] Isto, 23.

[17] Isto, 24.

[18] Isto, 24.

[19] Lanham Act, 15 U.S. Code § 1127 - Construction and definitions; intent of chapter, dostupno na: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1127, pristupljeno, 17.09.2018.

li prilaže audio datoteku. Podnosilac zahtjeva treba da podnese audio reprodukciju bilo kojeg zvučnog znaka. Reprodukcija mora biti u elektronskoj datoteci u formatu *.wav, .wmv, .wma, .mp3, .mpg,* ili *.avi* i ne bi trebalo da prelazi 5 *MB* jer *TEAS* ne može da primi veće datoteke. Za podnošenje prijave u papirnoj formi, reprodukcije zvučnih oznaka moraju biti dostavljene na kompakt disku ("*CD*"), digitalnim video diskovima ("*DVD*"), video kasetama ili audio kasetama. Podnosilac prijave bi trebalo jasno i eksplicitno navesti da reprodukcija oznake koja se nalazi na disku ili traci ima za cilj dopunu opisa oznake.[20]

Prva prijava za zvučnu oznaku u SAD-u je registrovana 1971. godine. To je prijava *National Broadcasting Company (NBC)*[21] za zvučnu senzorsku oznaku. Note nisu grafički prikazane, već je dat njihov opis. Neke od zvučnih žigova koje su registrovani u SAD-u[22] su zvučni senzorski žig rikanje lava koju je registrovao *Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp.* 1986. godine,[23] zvučni žig za usluge zvučnog inženjeringa - muzičke note koju je registrovao *Capitol Records, Inc.* 1986. godine,[24] zvučni žig za filmove za zabavu / filmove - bubnjevi + trube + žice koju je registrovao *Twentieth Century Fox Film Corporation* 1996. godine,[25] zvučni žig mjaukanje mačke koju je registrovao *Twentieth Century Fox Film Corporation* 1998. godine,[26] zvučni žig za računarski hardver, operativne sisteme itd. – zvona koju je registrovao *Intel Corporation* 2000. godine,[27] zvučni žig za mobilne telefone; bežične itd. - muzičke note gitare koju je registrovao *Nokia Corporation* 2000. godine,[28] zvučni žig *"YAHOO" yodel* koju je registrovao *Oath Inc.* 2001. godine,[29]

[20] 37 C.F.R. §2.52(e) Sound, scent, and non-visual marks, dostupno na: https://tmep.uspto.gov/RDMS/TFSR/current#/current/sec-4e0cc055-6f18-4289-b7d3-82defaf6d2f6.html, pristupljeno, 17.09.2018; TMEP § 807.09 Drawing" of Sound, Scent, or Non-Visual Mark; TMEP § 1202.15 Sound Marks.

[21] Vid. United States Patent and Trademark Office (USPTO), Reg. No. 916,522, dostupno na: http://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=72349496&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch, pristupljeno, 17.09.2018.

[22] Vidi primjere zvučnih žigova u SAD-u na: https://www.uspto.gov/trademark/sound-marks/trademark-sound-mark-examples, pristupljeno,17.09.2018.

[23] USPTO, Reg. No. 1395550.

[24] USPTO, Reg. No. 1413137.

[25] USPTO, Reg. No. 2000732.

[26] USPTO, Reg. No. 2158156.

[27] USPTO, Reg. No. 2315261.

[28] USPTO, Reg. No. 2413729.

[29] USPTO, Reg. No. 2442140.

zvučni žig *Looney Tunes Theme Song* koju je registrovao *Warner Bros. Entertainment Inc.* 2001. godine,[30] zvučni žig za prilagođene *on-line web* stranice itd. – zvončići koje je registrovao *Microsoft Corporation* 2004. godine.[31]

Harley-Davidson Inc. je 1994. podnio prijavu za registraciju zvučne oznake buke (zvuka) izduvnih gasova svojih motora.[32] Devet konkurenata *Harley-Davidson*-a među kojima su japanski proizvođači *Suzuki*, *Kawasaki*, *Yamaha* i *Honda* kao i američki proizvođač *Polaris* suprodstavili su se ovoj registraciji i podnijeli u tom smislu podneske Uredu za patente i žigove SAD-a. Ove kompanije su se protivile registraciji ove zvučne oznake a navele su, između ostalog, da takođe proizvode *V-Twin* motore i da se buka (zvuk) izduvnih motora *Harley-Davidson*-a ne razlikuje od buke (zvuka) njihovih izduvnih motora, te da *Harley-Davidson* nema pravo na monopol tog zvuka.[33] Poslije višegodišnje borbe i ulaganja desetina hiljada dolara u registraciju ove zvučne oznake *Harley-Davidson* je 2000. godine odlučio da povuče svoju prijavu za registraciju. U tom smisu izostala je odluka Ureda za patente i žigove SAD-a da li bi ova zvučna oznaka bila prihvaćena za registraciju ili bi bila odbijena.

Međutim, nisu sve prijave u SAD-u registrovane kao zvučni žigovi. Žigovni odbor za žalbe i suđenje (*Trademark Trial and Appeal Board - TTAB)* je i odbijao registraciju zvučnih žigova. Jedna od odbijenih oznaka bila je "opadajući zvučni impuls" za "lični sigurnosni alarm u vidu dječije narukvice za sprečavanje i prevenciju otmice deteta."[34] *TTAB* je pronašao nedostatak inherentne prepoznatljivosti (distinktivnosti) jer proizvod čini zvuk u svakodnevnoj funkciji. Takođe, smatrao je da potrošači to ne prepoznaju kao izvorni pokazatelj, već kao upozorenje na hitnost koja podstiče alarm. Na kraju, *TTAB* je smatrao da je oznaka funkcionalna kao "neophodana za upotrebu ili svrhu proizvoda podnosioca

[30] USPTO, Reg. No. 2469364.

[31] USPTO, Reg. No. 2880267.

[32] U prijavi je naveden sljedeći opis: "The mark consists of the exhaust sound of applicant's motorcycles, produced by V-twin, common crankpin motorcycle engines when the goods are in use". Nav. prema: Michael B. Sapherstein, "The Trademark Registrability of the Harley-Davidson Roar: A Multimedia Analysis", *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 1998, 1. Dostupno na: http://bciptf.org/wp-content/uploads/2011/07/48-THE-TRADEMARK-REGISTRABILITY-OF-THE-HARLEY.pdf, pristupljeno, 18.09.2018.

[33] Isto, 3.

[34] *In re* Vertex Grp. LLC, 89 U.S.P.Q.2d 1694 (T.T.A.B. 2009).

predstavke."[35] Drugi je "cvrkut" (*chirp*) slučaj koji je uključivao "elektronski cvrkut koji se sastoji od tona na 1800 Hz reprodukovan u kadenci od 24 milisekundi (ms) pušten, 24 ms isključen, 24 ms pušten, 24 ms isključen, 48 ms pušten", za mobilne telefone i dvosmjerne radio-uređaje.[36] Zbog toga što roba proizvodi buku u svom normalnom radu, a ispitanik nije uspio dokazati stečenu posebnost, *TTAB* je takođe pronašao da cvrkutu nedostaje inherentna prepoznatljivost (distinktivnost).[37]

Zvučni žigovi u EU

Evropska unija je 1988. godine usvojila Prvu direktivu Savjeta 89/104/EEZ[38] kojom je započela harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava država članica o žigu.

Prema članu 2. Prve direktive Savjeta 89/104/EEZ žig se može sastojati od bilo kog znaka sposobnog da bude grafički predstavljen, naročito riječi, uključujući lična imena, dizajn, slova, brojeve, oblik robe ili njihovu ambalažu, pod uslovom da su takvi znaci sposobni da razlikuju robu ili usluge jednog preduzeća od onih drugih preduzeća.

Jedan od osnovnih uslova da bi se bilo koja oznaka mogla registrovati kao žig prema Prvoj direktivi Savjeta 89/104/EEZ je bio da se oznaka može grafički predstaviti (prikazati).

Evropski sud pravde je u više predmeta raspravljao o zaštiti nekonvencionalnih žigova. U nastavku ćemo analizirati neke od tih predmeta koji se direktno tiču zvučnih oznaka ili imaju veze sa njima.

---

[35] Anne Gilson LaLonde, Jerome Gilson, "Getting Real with Nontraditional Trademarks: What's Next After Red Oven Knobs, the Sound of Burning Methamphetamine, and Goats on a Grass Roof?", *The Trademark Reporter*, Vol. 101, No. 1, 2011, 201.

[36] Nextel Commc'ns, Inc. v. Motorola, Inc., 91 U.S.P.Q.2d 1393 (T.T.A.B. 2009).

[37] A. G. LaLonde, J. Gilson, 201- 202.

[38] Prva direktiva Savjeta 89/104/EEZ od 21.12.1988. godine o usklađivanju prava država članica o žigovima, izmijenjena je Odlukom Savjeta 92/10/EEZ od 19.12.1992. godine o odlaganju datuma od kad će stupiti na snagu da nacionalni organi primjenjuju Direktivu 89/104/EEZ o usklađivanju zakona država članica o žigu. Prva direktiva Savjeta 89/104/EEZ je stavljena van snage kodifikacijskom Direktivom 2008/95/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta od 22.10.2008. godine o usklađivanju zakonodavstva država članica o žigovima. Kodifikacijska Direktiva 2008/95/EZ je objedinila Prvu direktivu Savjeta 89/104/EEZ i Odluku Savjeta 92/10/EEZ. Usvajanjem Direktive (EU) 2015/2436 Evropskog parlamenta i Savjeta od 16.12.2015. godine o usklađivanju zakonodavstva država članica o žigovima, Direktiva 2008/95/EZ će prestati da važi od 15.01.2019. godine.

U predmetu *C-273/00, Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt*[39] Evropski sud pravde je tumačio član 2. Prve direktive Savjeta 89/104/EEZ. U ovom predmetu radilo se o prijavi registracije olfaktivne (mirisne) oznake. Međutim, predmet je značajan i za registraciju zvučnih oznaka kao netradicionalnih žigova. *Ralf Sieckmann* je pokrenuo postupak protiv Njemačkog zavoda za patente i žigove zbog odbijanja da registuje njegovu olfaktivnu (mirisnu) oznaku. *Sieckmann* se u dijelu obrazca prijave naslovljenom "Reprodukcija oznake" pozvao na opis priložen u obliku dodatka njegove prijave. U navedenome opisu piše: "Traži se zaštita žiga za olfaktivni žig deponiran kod *Deutsches Patent - und Markenamt* koji se sastoji od čiste hemijske supstance *methyl cinnamate (metil cinamat - cinnamic acid methyl ester* - metil ester cimetne kiseline), strukturalne formule *C6H5-CH=CHCOOCH3*. Uzorke ovog olfaktivnog žiga takođe je moguće dobiti putem lokalnih laboratorija navedenih na žutim stranicama firme *Deutsche Telekom AG* ili, npr., putem firme *E. Merck u Darmstadtu*."[40]

Njemački Savezni sud za patente zastao je sa postupkom i uputio dva pitanja Evropskom sudu pravde za preliminarnu presudu. Prvo pitanje je da li član 2. Prve direktive treba tumačiti u smislu da izraz "žigovi koje je moguće grafički prikazati" obuhvata samo one znakove koje je moguće direktno reprodukovati u njihovom vidljivom obliku ili je tumačenju ujedno potrebno pridati značenje prema kojem znakovi – poput mirisa ili zvukova – koje same po sebi nije moguće vizualno uočiti, ali ih je moguće indirektno reprodukovati korištenjem određenih pomagala. Drugo pitanje je glasilo, ukoliko bi odgovor na prvo pitanje bio u smislu širokoga tumačenja, da li su uslovi grafičke prikazivosti propisani u članu 2. Prve direktive zadovoljeni u slučajevima u kojima se miris reprodukuje a) hemijskom formulom, b) pomoću opisa (koji se objavljuje), c) deponiranjem uzorka ili d) kombinacijom gore navedenih zamjenskih načina reprodukcije.[41]

U presudi Evropski sud pravde je u odgovoru na prvo pitanje istakao da se član 2. Prve direktive treba tumačiti u smislu da se žig može sastojati od znaka, koji sam po sebi nije sposoban da bude vizualno opažen, pod uslovom da isti može biti grafički prikazan, posebno pomoću slika, crta ili znakova, te da je prikaz jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, trajan i objektivan.[42] U

[39] C-273/00, ECJ, Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt, 12.12.2002. godine.

[40] Isto, tačka 11.

[41] Isto, tačka 19.

[42] Isto, tačka 55.

odgovoru na drugo pitanje Sud je istakao da što se tiče hemijske formule, samo nekolicina ljudi bi u navedenoj formuli prepoznala miris o kojem je riječ, te da takva formula nije dovoljno jasna. Nadalje, hemijska formula ne prikazuje miris supstance, nego supstancu kao takvu, a ujedno nije ni dovoljno jasna, niti precizna.[43] U pogledu mirisnog žiga u predmetnom slučaju zahtjev grafičkog prikaza nije zadovoljen hemijskom formulom, opisom pisanim riječima, deponovanjem uzorka mirisa, niti kombinacijom navedenih elemenata.[44]

U predmetu *Sieckmann* Evropski sud pravde je istakao da nekonvencionalne oznake, pa samim tim i zvučne oznake nisu isključene iz zaštite prema Prvoj direktivi Savjeta 89/104/EEZ. Međutim, Sud je postavio uslove koje te oznake moraju posebno ispuniti. Ti uslovi su da moraju biti grafički prikazani, posebno pomoću slika, crta ili znakova, te da je taj prikaz jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, trajan i objektivan.

U predmetu *C-283/01, Shield Mark BV v. Joost Kist h.o.d.n. Memex*[45] tužilac *Shield Mark* je bio nosilac 14 žigova registrovanih kod Zavoda Beneluksa za žigove. Neki od tih žigova sastojali su se od melodije sa prvih devet nota muzičke kompozicije "*Für Elise*" (*E, D#, E, D#, E, B, D, C, A*) Ludviga van Betovena dok su se drugi sastojali od kukurikanja pijetla. *Shield Mark* je 1992. godine pokrenuo radio reklamnu kampanju u kojoj je prilikom emitovanja svake reklame koristio prvih devet nota muzičke kompozicije "*Für Elise*". Od 1993. godine je objavio vijest sa listom koja opisuje usluge koje nudi na tržištu. Takođe, objavio je softver za advokate i marketinške stručnjake i prilikom svakog pokretanja softvera na disku čuje se zvuk kukurikanja pijetla. *Joost Kist* radi kao konsultant za komunikacije i organizuje seminare o intelektualnoj svojini i marketingu, te objavljuje preglede koji se odnose na ove oblasti. Tokom svoje reklamne kampanje 1995. godine *Kist* je koristio melodiju koja se sastojala od prvih devet nota muzičke kompozicije "*Für Elise*" a takođe je prodavao računarski program koji prilikom pokretanja programa emituje kukurikanje pijetla. *Shield Mark* je podnio tužbu protiv gospodina *Kist*-a zbog povrede žiga i nelojalne konkurencije.

Presudom od 1999. godine sud u Hagu (*Gerechtshof te's Gravenhage*) je presudio da je došlo do povrede nelojalne konkurencije ali je odbio tužbeni zahtjev za povredu žiga iz razloga što je namjera vlada država članica Beneluksa bila da

[43] Isto, tačka 69.

[44] Isto, tačka 73.

[45] C-283/01, ECJ, Shield Mark BV v. Joost Kist h.o.d.n. Memex, 27.11.2003. godine.

odbije registraciju zvuka kao žiga.[46] *Shield Mark* je podnio žalbu Vrhovnom sudu Holandije (*Hoge Raad der Nederlanden*). Vrhovni sud je odlučio da zastane sa postupkom i uputio dva pitanja Evropskom sudu pravde o tumačenju člana 2. Prve Direktive Savjeta 89/104/EEZ. Prvo pitanje je bilo da li član 2. Direktive treba tumačiti da isključuje zvukove ili buku da se smatraju žigom. Ako je odgovor na ovo pitanje negativan, da li sistem uspostavljen Direktivom zahtijeva da ti zvukovi ili buka moraju biti sposobni da se smatraju kao žigovi.

Drugo pitanje je bilo da ako je odgovor na prvi dio prvog pitanja negativan, koje zahtjeve propisuje Direktiva za zvučne oznake u vezi sa referencom u članu 2. da oznaka mora biti grafički predstavljena, i u vezi sa tim, u pogledu načina na koji se registruje takav žig. U drugom dijelu drugog pitanja postavljeno je pitanje naročito da li su zahtjevi iz prvog dijela pitanja zadovoljeni ako je zvuk ili buka registrovana u jednom od sljedećih oblika: muzičkim notama, pisanom opisu u obliku onomatopeja, pisanom opisu u nekoj drugoj formi, grafičkom prikazu kao što je sonogram, snimku zvuka priloženom uz registracioni formular, digitalni snimak dostupan preko interneta, kombinacija tih metoda, neki drugi oblik i, ako jeste, koji.[47] U odgovoru na prvo pitanje Sud je istakao da član 2. Prve Direktive treba tumačiti da zvučne oznake predstavljaju žigove pod uslovom da su u stanju da razlikuju robu ili usluge jednog preduzeća od onih drugih preduzeća i da su sposobne da budu grafički predstavljene.

U odgovoru na drugo pitanje Sud je istakao da član 2. Prve Direktive treba tumačiti u smislu da žig može da se sastoji od oznake koja sama po sebi nije sposobna da se vizuelno primijeti, pod uslovom da se može grafički prikazati, naročito putem slika, linija ili znakova i da je predstavljanje jasno, precizno, samostalno, jednostavno prihvatljivo, razumljivo, trajno i objektivno. U slučaju zvučne oznake ti zahtjevi nisu zadovoljeni kada je oznaka grafički prikazana opisom pomoću pisanog jezika, kao što je indikacija da se oznaka sastoji od bilješki sastavljenih od muzičkih riječi, ili indikacija da je krik životinje, ili pomoću jednostavne onomatopeje ili pomoću niza muzičkih zapisa. Zvučna oznaka može biti zaštićena kao žig ako se njegovim grafičkim prikazom određuje visina i trajanje zvuka, odnosno ako je muzička ljestvica podijeljena na taktove i ako sadrži note, pauze i naglaske.

U ovoj presudi Evropski sud pravde direktno se bavio zvučnim žigom i uslovima za njegovu registraciju. Sud je ponovio da su zvučne oznake podobne za

[46] Isto, tačka 24.

[47] Isto, tačka 25.

registraciju. Takođe, pozvao se i na uslove iz predmeta *Sieckmann* koje te oznake moraju ispuniti da bi bile podobne za registraciju. Sud je za zvučnu oznaku istakao da je podobna za registraciju ako se njenim grafičkim prikazom određuje visina i trajanje zvuka, odnosno ako je muzička ljestvica podijeljena na taktove i ako sadrži note, pauze i naglaske, dok ostali grafički prikazi ne ispunjavaju uslove za registraciju.

Kodifikacijska Direktiva 2008/95/EZ u članu 2. sadrži istu odredbu po pitanju oznaka koje mogu činiti žig kao i član 2. Prve direktive Savjeta 89/104/EEZ.

Trenutno važeća Direktiva (EU) 2015/2436 primjenjuje se na svaki žig vezano za proizvode i usluge koji su predmet registracije ili prijave za registraciju pojedinačnog žiga, zajedničkog žiga, garancijskog ili certifikacijskog žiga u državi članici ili koji je predmet registracije ili prijave za registraciju pri Zavodu Beneluksa za intelektualnu svojinu ili međunarodne registracije koja ima dejstvo u državi članici.[48]

Direktiva (EU) 2015/2436 u članu 3. propisuje da se žig može sastojati od bilo kakvih znakova, posebno riječi, uključujući lična imena, ili od crteža, slova, brojeva, boja, oblika proizvoda ili pakovanja proizvoda, ili zvukova, pod uslovom da su takvi znakovi prikladni za: razlikovanje proizvoda ili usluga jednog preduzeća od proizvoda ili usluga drugih preduzeća; i prikazivanje u registru žigova na način koji omogućuje nadležnim tijelima i javnosti da odrede tačan i jasan predmet zaštite koja je pružena njihovom nosiocu.

Usvajanjem Direktive (EU) 2015/2436 ukinut je uslov grafičkog predstavljanja oznaka. To je omogućilo lakšu registraciju svih nekonvencionalnih žigova u državama članicama EU. Podnosioci prijava za registraciju žigova, međutim, moraju dostaviti oznaku u odgovarajućem formatu da bi ta oznaka mogla biti prikazana u registru žigova na način koji omogućuje nadležnim tijelima i javnosti da odrede tačan i jasan predmet zaštite koja je pružena njihovom nosiocu. Formati elektronskih datoteka za netradicionalne žigove su različiti od države do države[49] što opet može dovesti do različite prakse nacionalnih organa nadležnih za registraciju žiga. Ipak, samo ukidanje uslova striktnog grafičkog predstavljanja u Direktivi (EU) 2015/2436 koje je ranije bilo precizirano i u presudama *Sieckmann* i

[48] Član 1. Direktive (EU) 2015/2436.

[49] Pregled prihvatljivih formata elektronskih datoteka za netradicionalne oznake, a između ostalog, i zvučne oznake po državama članicama EU možete vidjeti na: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/who_we_are/common_communication/common_communication_8/Annex_1_hr.pdf, pristupljeno, 19.09.2018.

Shield Mark je korak naprijed za lakše registrovanje nekonvencionalnih žigova, pa i zvučnog žiga.

Pored usklađivanja (harmonizacije) zakonodavstava nacionalnih država članica, EU je 1993. godine donijela Uredbu Savjeta (EZ) br. 40/94[50] kojom je uspostavila sistem nadnacionalnog žiga u vidu žiga EU. U članu 4.[51] Uredbe Savjeta (EZ) br. 40/94 takođe je bio propisan uslov grafičkog prikaza oznaka. Kodifikacijska Uredba Savjeta (EZ) br. 207/2009 takođe je propisivala uslov grafičkog prikaza i imala je identičan član 4. kao i Uredba Savjeta (EZ) br. 40/94.

Dana 16.12.2015. godine usajanjem Uredbe (EU) 2015/2424 o izmjeni Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009, član 4.[52] Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009 je mijenjan, i njime je ukinut uslov grafičkog predstavljanja i za prijave za registraciju žiga EU.

U registru *EUIPO*-a postoje razne vrste zvučnih žigova koje su registrovane u obliku notnog zapisa kao npr. *CTM* 1416858, *CTM* 919050, *CTM* 1040955, odnosno *EUTM* 1 637 859, *EUTM* 11 923 554, *EUTM* 004928371, *EUTM* 005170113, *EUTM* 10 265 486, *EUTM* 13 473 574, *EUTM* 12 438 628, EUTM 14 240 741.[53]

Evropski sud pravde je raspravljao i o registraciji zvučne oznake kao žiga EU. U predmetu *T-408/15, Globo Comunicação e Participações S/A v. EUIPO*[54] tužilac *Globo Comunicação e Participações S/A* je 2014. godine podnio *EUIPO* pri-

[50] Uredba Savjeta (EZ) br. 40/94 od 20.12.1993. godine o žigu Zajednice stavljena je van snage Uredbom Savjeta (EZ) br. 207/2009 od 26.02.2009. godine o žigu Zajednice i Uredbom (EU) 2015/2424 Evropskog parlamenta i Savjeta od 16.12.2015. godine o izmjeni Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009 o žigu Zajednice i Uredbe Komisije (EZ) br. 2868/95, o provođenju Uredbe Savjeta (EZ) br. 40/94 o žigu Zajednice te o stavljanju van snage Uredbe Komisije (EZ) br. 2869/95 o taksama koje se plaćaju Zavodu za usklađivanje na unutrašnjem tržištu (žigovi i dizajni). Sada važećom Uredbom (EU) 2017/1001 Evropskog parlamenta i Savjeta od 14.06.2017. godine o žigu Evropske unije stavljene su van svage Uredba Savjeta (EZ) 207/2009 i Uredba (EU) 2015/2424.

[51] Tekst člana 4. Uredbe Savjeta (EZ) br. 40/94 identičan je tekstu člana 2. Prve direktive Savjeta 89/104/EEZ.

[52] Novi član 4. Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009 prema Uredbi (EU) 2015/2424 ima identičan tekst kao i član 3. Direktive (EU) 2015/2436.

[53] Dragan Zlatović, "Nekonvencionalni žigovi u svjetlu nove europske regulative i prakse", *Glasnik prava*, 1/2017, 26. Vid. isto Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, EUIPO, 2017, 6-8. Dostupno na: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Draft_Guidelines_WP_1_2017/06_part_b_examination_section_4_AG_chap_2_Article_7-1-a_tc_2017_en.pdf, pristupljeno 20.09.2018.

[54] T-408/15, ECJ, Globo Comunicação e Participações S/A v. EUIPO, od 13.09.2016. godine.

javu za registraciju zvučnog žiga kao žiga EU na osnovu Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009 o žigu EU. Ispitivač *EUIPO* je svojom Odlukom iz 2014. godine odbio prijavu za registraciju smatrajući da zvučna oznaka nema razlikovni karakter (distinktivnost). Tužilac je podnio žalbu *EUIPO*. Peto žalbeno vijeće *EUIPO* je 2015. godine odbilo žalbu i istaklo da "nije potrebno da oznaka bude izvorna ili maštovita, činjenica je da ne smije biti obična ili potpuno beznačajna."[55] Žalbeno vijeće je istaklo da žig sastavljen od zvukova koji sliče zvonjavi može ispuniti identifikacijsku funkciju samo ako obuhvata elemente na osnovu kojih se razlikuje u odnosu na druge žigove. Žig za koji je podnesena prijava sastojao se od ponavljanja jednog zvuka koji je sličio zvonu potpuno obične zvonjave.

Tužilac je protiv Odluke žalbenog vijeća podnio tužbu Evropskom sudu pravde (Opštem sudu). Sud je odbio tužbu u cijelosti. Sud je istakao da distinktivnost žiga u smislu člana 7, stav 1, tačka b) Uredbe br. 207/2009 znači da taj žig omogućava identifikaciju proizvoda za koji je zatražena registracija kao proizvoda koji potiče od određenog preduzetnika i time razlikuje taj proizvod od drugih preduzetnika.[56] Prema Sudu, zvučna oznaka koju obilježava pretjerana jednostavnost i koja je ograničena samo na ponavljanje dviju istovjetnih nota ne može kao takva prenijeti poruku koje se potrošači mogu sjetiti, tako da je potonji neće smatrati žigom, osim ako upotrebom nije stekla distinktivnost.[57] Oznaka za koju je podnesena prijava svodi se na zvonjavu budilice ili telefona bez obzira na okolnosti u kojima se koristi i bez obzira na korišteni način prenosa pa ta zvonjava nema nikakvu drugu bitnu razlikovnu osobinu koja nema veze sa ponavljanjem note od koje se sastoji što bi omogućilo razlikovanje bilo čega drugoga osim te zvonjave budilice ili telefona.[58]

Prema ovoj presudi Evropskog suda pravde, i zvučne oznake kao vrsta netradicionalnih žigova moraju ispunjavati apsolutne i relativne uslove za zaštitu[59] koje važe za tradicionalne žigove. Sama činjenica da je neka oznaka, zvučna oznaka, da je uredna prijava za njenu registraciju i da je priložena u propisanom formatu ne garantuje da će i biti registrovana.

---

[55] Isto, tačka 10.

[56] Isto, tačka 37.

[57] Isto, tačka 51.

[58] Isto, tačka 53.

[59] Više o apsolutnim i relativnim uslovima za zaštitu vid. Slobodan Marković, Dušan Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2013, 154-158.

Važeća Uredba (EU) 2017/1001[60] propisuje da se žig EU može sastojati od bilo kakvih znakova, posebno riječi, uključujući lična imena, ili od crteža, slova, brojeva, boja, oblika proizvoda ili pakovanja proizvoda, ili zvukova, pod uslovom da su takvi znakovi prikladni za: razlikovanje proizvoda ili usluga jednog preduzeća od proizvoda ili usluga drugih preduzeća; i prikazivanje u registru žigova EU na način koji omogućuje nadležnim tijelima i javnosti da odrede tačan i jasan predmet zaštite koja je pružena njihovom nosiocu.[61] Uslov grafičnog prikaza više ne postoji ali je Implementirajućom Uredbom Komisije (EU) 2018/626 propisan prikaz žiga koji mora biti sadržan u prijavi žiga EU.

Prema članu 3, stav 1. Implementirajuće Uredbe Komisije (EU) 2018/626 žig se prikazuje u bilo kojem prikladnom obliku upotrebom opšte dostupnih tehnologija, sve dok se može reprodukovati u registru na jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, trajan i objektivan način koji omogućuje nadležnim organima i javnosti da jasno i precizno odrede predmet zaštite koja je pružena njegovom titularu. U ovoj odredbi su preuzeti kriterijumi iz presude Evropskog suda pravde u predmetu *Sieckmann*.[62] Ovim prikazom definiše se i predmet registracije. Prema članu 3, stav 3, tačka g) Implementirajuće Uredbe Komisije (EU) 2018/626 u slučaju da se žig sastoji isključivo od zvuka ili kombinacije zvukova (zvučni žig), žig se prikazuje podnošenjem audio zapisa u kojem se reprodukuje zvuk ili tačnim prikazom zvuka notnim zapisom, dok se prema tački i) istog stava, žig koji se sastoji od kombinacije slike i zvuka ili ih obuhvata (multimedijalni žig), se prikazuje podnošenjem audiovizualnog zapisa koji sadržava kombinaciju slike i zvuka.

Važeća Uredba (EU) 2017/1001 koja je dopunjena Delegiranom Uredbom Komisije (EU) 2018/625 i Implementirajućom Uredbom Komisije (EU) 2018/626 ukida uslov grafičkog prikaza zvučnog žiga, ali zadržava uslov prikaza oznake u odgovarajućem formatu u skladu sa kriterijumima iz predmeta *Sieckmann*.

---

[60] Dopunjena Delegiranom Uredbom Komisije (EU) 2018/625 od 05.03.2018. o dopuni Uredbe (EU) 2017/1001 Evropskog parlamenta i Savjeta o žigu Evropske unije i o stavljanju van snage Delegirane uredbe (EU) 2017/1430. Takođe je dopunjena i Implementirajućom Uredbom Komisije (EU) 2018/626 od 05.03.2018. o utvrđivanju detaljnih pravila za provođenje određenih odredbi Uredbe (EU) 2017/1001 Evropskog parlamenta i Savjeta o žigu Evropske unije i o stavljanju van snage Implementirajuće Uredbe (EU) 2017/1431.

[61] Član 4. Uredbe (EU) 2017/1001 je identičan izmjenjenom članu 4. Uredbe Savjeta (EZ) br. 207/2009 prema Uredbi (EU) 2015/2424.

[62] Vid. tačku 55, C-273/00, ECJ, Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt, 12.12.2002. godine.

ZAKLJUČAK

Zvučni žigovi su najzastupljeniji nekonvencionalni žigovi koje privredni subjekti registuju da bi sa njima reklamirali svoje proizvode ili usluge. Istorijski su se prvo pojavili u SAD-u.

Uslov grafičkog predstavljanja je onemogućavao registraciju zvučnih oznaka koje se nisu mogle prikazati u vidu notnog zapisa. To je onemogućavalo registraciju onomatopejskih oznaka. Muzičke oznake su ispunjavale uslove grafičkog prikaza u vidu notnog zapisa što je navelo pojedine autore da se opredijele za termin muzički žig isključujući termin zvučni žig kao preširok i neadekvatan.

U SAD-u prema *Lanham Act*-u podnosilac prijave nije dužan da podnese grafički crtež ako se oznaka sastoji samo od zvuka, mirisa ili druge potpuno nevidljive materije. Za ove vrste znakova, podnosilac zahtjeva mora podnijeti detaljan opis oznake. U papirnoj prijavi, podnosilac prijave treba u prijavi jasno naznačiti da je oznaka "nevizuelna oznaka".

U EU je usvajanjem Direktive (EU) 2015/2436 i Uredbe (EU) 2017/1001 ukinut uslov grafičkog prikaza i otvorena mogućnost za registraciju svih zvučnih oznaka kao zvučnih žigova pod uslovom da prilikom registracije budu dostavljeni u vidu audio snimka u adekvatnom formatu.

Praksa Evropskog suda pravde je presudom *C-273/00, Ralf Sieckmann/Deutsches Patent - und Markenamt* uticala na izmjenu regulative koja se odnosi na uslove registracije nekonvencionalnih žigova a presuda *C-283/01, Shield Mark BV v. Joost Kist h.o.d.n. Memex* je postavila temelje za registraciju zvučnih žigova u EU. Tendencija je i ostalih država svijeta da ukidaju uslov grafičkog prikaza za registraciju nekonvencionalnih žigova.

Zvučni žig kao vrsta najčešće registrovanog nekonvencionalnog žiga zahtijeva dosta vremena, novca i truda da bi postala prepoznatljiva kao žig za određene proizvode i usluge ali kad dostigne taj stepen poznatosti prevazilazi mogućnosti tradicionalnih oznaka i njegov nosilac lakše prevazilazi jezičke i kulturne barijere.

NJEGOSLAV JOVIĆ, LL.M.,
Senior assistant, Faculty of Law,
University of Banja Luka

SOUND TRADEMARK

Summary

In this paper, the author analyzes the development of a sound trademark as one of the types of unconventional or non-traditional trademarks. A sound trademark is a trademark consisting exclusively of sound or a combination of sounds. The author starts from the analysis of unconventional trademarks and then analyzes the development of sound marks in the US and the EU. By abolishing the graphic representation as the conditions for registration in the new EU legislation, it is easier to register unconventional trademarks and therefore a sound trademarks. When registering, a sound trademark in the form of audio tracks is accepted in one of the prescribed formats. This has led to the possibility of registering not only music tones as trademarks but also onomatopoeic sounds that can not be displayed in the notation.

JELENA BELOVIĆ,
GORDANA DAMJANOVIĆ

MERODAVNO PRAVO ZA ZAŠTITU PRONALAZAKA IZ RADNOG ODNOSA

PRAVNI OKVIR PATENTIRANJA U EVROPI

Pravni okvir patentiranja u Evropi jeste višeslojan, a prvenstveno bi trebalo ukazati na međunarodni pravni okvir, koji se sastoji od međunarodnih konvencija i multilateralnih sporazuma.[1] Najpre je 1883. godine doneta Pariska konvencija o zaštiti industrijske svojine[2] kao krovni dokument u oblasti prava industrijske svojine. Komvencijom je osnovana međunarodna Unija za zaštitu industrijske svoji-

Dr Jelena Belović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Gordana Damjanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

[1] Strazburški aranžman o međunarodnoj klasifikaciji patenata, Budipeštanski sporazum o međunarodnom priznanju depozita mikroorganizama radi postupka patentiranja, Konvencija o evroazijskom patentu, Konvencija o osnivanju svetske organizacije za intelektualnu svojinu, Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS).

[2] Uredba o ratifikaciji Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine od 20. marta 1883. godine, revidirana u Brislu 14. decembra 1900. godine, u Vašingtonu 2. juna 1911. godine, u Hagu 6. novembra 1925. godine, u Londonu 2. juna 1934. godine, u Lisabonu 31. oktobra 1958. godine i u Štokholmu 14. jula 1967. godine, "Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi", br. 5/74 i "Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori", br. 7/86.

ne. Konvencijskim pravilima obuhvaćeno je pitanje minimuma prava za nosioce prava (*konvencijski tretman*) i primena nacionalnog prava i postupka (*nacionalni tretman*). Na osnovu Pariske konvencije 1970. godine potpisan je Ugovor o saradnji u oblasti patenata (u daljem tekstu USP)[3], koji je otvoren za sve zemlje sveta. Ugovor o saradnji u oblasti patenata ne deluje u smeru ujednačavanja patentnih pravila država potpisnica, njegov je zadatak da objedini postupak. prijavljivanja pronalazaka u više država putem jedne međunarodne patentne prijave i samim tim, pojednostavi postupak prijavljivanja za prijavioca.

Na tlu Evrope prisutan je regionalni pravni okvir zasnovan na pravilima Konvencije o evropskom patentu iz 1973. godine (u daljem tekstu: KEP).[4] KEP predstavlja posebni regionalni sporazum, zaključen na osnovu člana 19. Pariske konvencije. Konvencijom je uspostavljen je evropski patentni sistem: ustanovljena Evropska organizacija za patente sa sedištem u Minhenu i osnovan Evropski zavod za patente. KEP potvrđuje načelo nacionalnog tretmana kojim se evropskom patentu u svakoj od država ugovornica za koju je priznat priznaju ista dejstva kao i patentima u odnosnoj državi. Evropski patent podleže nacionalnim propisima države za koju je priznat. Izmene i dopune KEP-a usledile su 1991. godine, kao i 2000. godine, prvenstveno u cilju usklađivanja KEP-a sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine.[5]

Sporazum o trgovinskim aspektima prava industrijske svojine (TRIPS) zaključen je 15. aprila 1994. godine tokom Urugvajske runde pregovora pod okriljem Svetske trgovinske organizacije. TRIPS je uneo veoma važnu promenu međunarodnih standarda koji se odnose na pravo intelektualne svojine. Reč je o standardima koji promovišu jaku zaštitu prava intelektualne svojine u cilju podsticaja stvaralaštva i transfera tehnologije.

Međutim, nisu ni USP niti KEP mogli da na adekvatan način odgovore na potrebu za uspostavljanjem jedinstvenog sistema zaštite pronalazaka na tlu Evrope. Sa jedne strane, USP ne deluje u pravcu ujednačavanja patentnih propisa dr-

[3] Zakon o potvrđivanju Ugovora o saradnji u oblasti patenata sa Pravilnikom za sprovođenje Ugovora o saradnji u oblasti patenata. *"Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori"*, br 3/96, i *"Sl. list SCG"*, br. 32/2004.

[4] Konvenciju je ratifikovala i naša zemlja. *"Sl.list SFRJ"-MU,* br.3/96.

[5] Zakon o potvrđivanju Konvencije o priznavanju evropskih patenata (Konvencija o evropskom patentu) od 5. oktobra 1973. godine, sa izmenama čl. 63 Konvencije o evropskom patentu od 17. decembra 1991. godine i izmenama od 29. novembra 2000. godine. *"Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori"*, br. 5/2010 i *"Sl. glasnik RS"*, br. 99/2011 - dr. zakon.

žava ugovornica, i u tom smislu je značajna koliziona norma sadržana u čl.60 KEP-a koja upućuje na merodavno pravo u čijem okviru nalazimo odgovor na pitanje ko je nosilac prava na evropski patent. Sa druge strane, kako Evropska patentna organizacija nije evropski organ u formalnom smislu, zaštita se ne odnosi samo na države evropskog kontinenta.

Takođe, konvencijski režim pokazao je i niz drugih slabosti: patentni spisi i patentni zahtevi prevode se na nacionalne jezike, što doprinosi povećanju troškova; održavanje evropskog patenta podrazumeva i plaćanje godišnje takse u svakoj zemlji, registraciju svakog prenosa i drugih prava, kao i plaćanje domaćih zastupnika koji vode računa o usaglašavanju evropskog patenta sa nacionalnim propisima.[6]

U okviru EU ubrzan je zato rad na uspostavljanju jedinstvenog patenta, pa od 2012. godine regionalni pravni okvir čini i takozvani patentni zakonodavni paket koji je na nivou Evropske unije usvojen 11. decembra 2012. godine. Pomenuti paket sastoji se od tri komponente: Uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti uspostavljanja unitarne patentne zaštite (UUPZ),[7] Uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti uspostavljanja unitarne patentne zaštite koja se tiče prevođenja (UUPZP)[8] i Sporazuma o jedinstvenom patentnom sudu[9].

POJAM PRONALASKA

Kolokvijalni pojam pronalaska razlikuje se od patentnopravnog pojma pronalaska. Kolokvijalno, pod pronalaskom se podrazumeva "svako saznanje o spoljnem svetu koje ima karakter objektivne novosti".[10] Kada je reč o patentnopravnom pojmu pronalaska, trebalo bi razlikovati teorijski i pozitivnopravni pojam pronalaska. Pokušaji davanja definicije pronalaska kojom bi bili obuhvaćeni svi aspekti tog pojma u nemačkoj teoriji su bili veoma brojni. Definicije su najčešće

[6] Više u: Ćeranić J., "Predlog novog sistema zaštite pronalazaka u EU patent Unije", *Pravo i privreda*, br. 7/9, 2012, str. 361.

[7] Uredba (EU) br. 1257/2012 od 17. decembra 2012. o sprovođenju bliže saradnje u oblasti uspostavljanja unitarne patentne zaštite, 2012, Službeni list EU, 2012, L 361.

[8] Uredba (EU) br. 1260/2012 od 17. decembra 2012. o sprovođenju bliže saradnje u oblasti uspostavljanja unitarne patentne zaštite koja se tiče prevođenja, 2012, *Službeni list EU*, 2012, L 361.

[9] Sporazum o jedinstvenom patentnom sudu ,http://www.unified-patent-court.org/images/documents /upc- agreement.pdf, 12. 8. 2017.

[10] Marković S, *Patentno pravo*, Beograd, 1997, str. 63.

jednostrane, jer se u prvi plan stavlja samo jedan aspekt tog složenog pojma. Druge su definicije, su pak, veoma apstraktne te nemaju praktičan značaj. Pojedini autori, poput Trolera (Troller), smatraju da pronalazak nije moguće definisati na apstraktan način, jer taj pojam zavisi od načina na koji ga tretira konkretni zakon.

Drugi autori, pak, otklanjaju mogućnost davanja jedinstvene definicije pronalaska, jer pronalazak, po njihovom mišljenju, sadrži u sebi ne samo racionalne već i iracionalne komponente. Poslednja grupa autora ističe da je pronalazak čisto tehnički pojam te da uopšte nema potrebe da se taj pojam definiše.[11] *Conditio sine* svake od postojećih definicija pronalaska je akcenat na originalnosti. Pronalazač mora da stvori nešto originalno, zasnovano na istraživanjima i mašti, čak i ako se pri tome oslanja na stare podatke i pronalaske. Pokušajima pružanja iscrpne definicije pronalaska bave se uglavnom sudska praksa i teorija prava. Najnoviji stadijum evolucije značenja tog pojma tiče se definicije koju je formulisala nemačka sudska praksa između 1969. i 1980. godine. Pronalazak je po toj definiciji: "učenje (uputstvo) za plansko korišćenje savladivih prirodnih sila, izuzev onih koje upravljaju aktivnostima ljudskog razuma radi neposrednog proizvođenja uzročno predvidljive posledice.[12]

Zaštita pronalazaka u Srbiji regulisana je Zakonom o patentima[13]. Zakon u čl.7 naglašava se da je patent pravo koje se priznaje za pronalazak iz bilo koje oblasti tehnike, koji je nov, koji ima inventivni nivo i koji je industrijski primenljiv.

Pojam pronalaska prema Konvenciji o evropskom patentu

Karakteristično je da KEP, kao i nacionalni zakoni koji su doneti na osnovu te konvencije, ne daje pozitivnu definiciju predmeta zaštite, odnosno pronalaska, već u članu 52, st.1 ističe da će: "evropski patent biti odobren za pronalaske na svim poljima tehnologije, pod uslovom da ispunjavaju uslove novosti, inventivnosti i primenljivosti". U st. 2, istog člana navodi se dalje da se: "pronalaskom ne smatraju otkrića, naučne teorije i matematičke metode, kao i estetske kreacije, šeme, pravila i tako dalje".

[11] Više u: Fišer S., *Pravna priroda patenta kao subjektivnog prava*, magistarska teza, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2006, str. 37.

[12] Marković S., *op.cit.,* str. 63.

[13] Zakon o patentima, *"Sl. glasnik RS",* br. 99/2011 i 113/2017 i dr. zakon.

U skladu sa tradicionalnim shvatanjem, pronalasci navedeni u čl. 52, st. 2 KEP-a isključeni su "kao takvi", odnosno, nisu isključeni u svim okolnostima, već samo onda kada su predstavljeni u "čistom" obliku. Budući da je digitalizacija omogućila automatizaciju klasičnih tehničkih i netehničkih predmeta, otvorena je kapija za "mešovite pronalaske", što je dovelo do implementacije tehničkih elemenata u netehničke predmete, a koji su, kao takvi, u skladu sa st. 2 čl. 52, isključeni iz zaštite. KEP polje zaštite sužava i propisivanjem izuzetaka od patentibilnosti.[14] Uslovi koje pronalazak treba da ispuni da bi se smatrao predmetom zaštite prema KEP-u tiču se: novosti[15], otkrivanja pronalazaka bez štetnih posledica[16], dokazanog nivoa inventivnosti[17] i industrijske primenjivosti (uključujući i poljoprivredu)[18].

PRAVO NA ZAŠTITU PRONALASKA IZ RADNOG ODNOSA

Pravo na zaštitu svakako pripada pronalazaču ili njegovom pravnom sledbeniku, ali se postavlja veoma značajno pitanje ko se smatra nosiocem prava zaštite kada je reč o pronalascima iz radnog odnosa, odnosno šta se smatra pronalaskom iz radnog odnosa? Zaštita pronalazaka nastalih u radnom odnosu zadire u dve pravne oblasti: radno pravo i pravo industrijske svojine. Ove dve oblasti prava se veoma razlikuju po svom pristupi.

U radnom pravu pristup je da poslodavac prisvaja sve rezultate rada radnika koji za to dobija naknadu. U pravu industrijske svojine vlada princip da je pro-

[14] Čl. 53 KEP glasi: "Evropski patenti ne priznaju se za: (a) pronalaske čija bi komercijalna upotreba bila protivna javnom poretku ili moralu, s timšto se takva upotreba pronalaska ne može smatrati protivnom javnom poretku ili moralu jedino zbog činjenice da je zabranjena u svim ili nekim državama ugovornicama, zakonskim ili podzakonskim aktom; (b) biljne sorte i životinjske rase, kao ni za bitno biološke postupke za dobijanje biljki ili životinja, s tim što se ova odredba ne odnosi na mokrobiološke postupke ili na proizvode dobijene tim postupcima; (c) postupci lečenja ljudskog ili životinjskog tela, hiruški, terapeutski, ili dijagnostički postupci za lečenje ljudskog ili životiskog tela; ova odredba ne primenjuje se na proizvode, posebno supstance ili kompozicije koje se koriste u bilo kom od ovih postupaka."

[15] Čl. 54 KEP-a.

[16] Čl. 55 KEP-a.

[17] Čl. 56 KEP-a. Smatra se da pronalazak ima inventivni nivo ako za stručnjaka iz odgovarajuće oblasti ne proizilazi na očigledan način iz stanja tehnike.

[18] Čl. 57 KEP-a.

nalazač izvorni nosilac prava na svom pronalasku i da samo voljom pronalazača pravo može preći na drugo lice.[19] Primetna je pojava da što jedna zemlja ima razvijeniju privredu to su odredbe o pronalascima u radnom odnosu više naklonjene poslodavcima nego radnicima.[20] To je naročito uzrokovano činjenicom što pronalasci podrazumevaju znatna materijalna sredstva i ulaganja koja obezbeđuju poslodavci.

Uporedno posmatrano, u nekim aspektima, postoje različiti pristupi pravnog regulisanja pronalazaka nastalih u radnom odnosu. Sa nomotetičkog stanovišta zanimljivo je primetiti da je u Francuskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu ta problematika uređena u propisima u kojima se uređuju patenti, dok jedino u Nemačkoj postoji poseban propis kojim se uređuju pronalasci nastali u radnom odnosu. U Hrvatskoj su odredbe o pronalascima nastalim u radnom odnosu propisane u zakonu kojim se uređuju radni odnosi. U svim navedenim pravnim sistemima pronalazak nastao u izvršavanju obaveza iz ugovora o radu bez izuzetaka pripada poslodavcu.[21]

Važeći Zakon o patentima u Republici Srbiji ovo pitanje izričito reguliše, čime se svrstava u grupu zemalja u kojoj se nalaze Francuska i Ujedinjeno Kraljevstvo. Shodno čl. 6 Zakona o patentima: "prava pronalazača koji je stvorio pronalazak u radnom odnosu i prava poslodavca kod koga je pronalazak nastao utvrđuju se ovim zakonom, opštim aktima i ugovorom između poslodavca i zaposlenog ili njihovih predstavnika".

Pronalaskom iz radnog odnosa smatraju se: pronalasci koji zaposleni stvori izvršavajući svoje redovne radne obaveze ili posebno naložene poslove u vezi sa naučno-tehničkim istraživanjem i razvojem, kao i pronalazak koji nastane u izvršavanju ugovora o istraživačkom radu zaključenog sa poslodavcem; pronalasci koje zaposleni stvori u vezi sa aktivnostima poslodavca ili korišćenjem materijalno-tehničkih sredstava, i drugih uslova koje je obezbedio poslodavac, a koji nisu obuhvaćeni prethodnom grupom slučajeva, kao i pronalasci koje zaposleni stvori u roku od godinu dana od prestanka radnog odnosa, a koji su da su stvoreni u toku radnog odnosa bili pronalasci iz prethodno navedenih grupa slučajeva.[22]

---

[19] Jelisavac S., "Patentna prava u međunarodnoj trgovini", MP 1-2, 2006, str. 130.

[20] *Ibid.*

[21] Matanović Vučković R., Kunda I., "Materijalnopravno i kolizijsko pravno uređenje intelektualnog vlasništva nastalog u radnom odnosu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci,* v.32, br. 1, 2011, str. 87.

[22] Čl. 57 Zakona o patentima.

MERODAVNO PRAVO PREMA ODREDBAMA KONVENCIJE O EVROPSKOM PATENTU

Odredbama KEP-a, kao i nacionalnim propisima, utvrđeno je da pravo na patent pripada pronalazaču ili njegovom pravnom sledbeniku. U st. 1 čl. 60 KEP-a sadržana je odredba i koja upućuje na merodavno pravo za zaštitu pronalaska ako je pronalazač u radnom odnosu. Ova odredba odeđuje formulu za odgovor na samo jedno pitanje: kome pripada pravo na evropski patent ako je pronalazač u radnom odnosu. KEP se primenjuje samo ukoliko se prijava za evropski patent podnosi prema odredbama konvencije. Odredba KEP-a upućuje najpre na pravo države na čijoj teritoriji lice u radnom odnosu pretežno obavlja delatnost. *Lex loci laboris* nije nepoznanica u evropskom pravu. Ovu tačku vezivanja poznaju i drugi evropski propisi, a pre svega Rim I Uredba o merodavnom pravu za ugovorne obaveze.[23]

Uredba postavlja načelo zaštite slabije strane za jedno od osnovnih načela. Kao ekonomski slabijoj strani, radnicima je i na kolizionom planu pružena pravna zaštita u tom smislu što se odredbama Uredbe ograničava sloboda izbora merodavnog prava, i odstupa od primene principa nosioca karakteristične prestacije. U skladu sa odredbama Uredbe obavljanje privremenog rada u drugoj državi ne znači automatski promenu tačke vezivanja.

U pogledu individualnih ugovora o radu, rad koji je izvršen u drugoj državi trebalo bi se smatrati privremenim ako se od zaposlenog očekuje da nastavi rad u matičnoj državi nakon što je završio sa poslom u inostranstvu.[24] Vezivanje za *lex loci laboris* ima svoju ideološku i socijalnu konotaciju. Ono zapravo znači zabranu diskriminacije radnika, koji na slobodnom evropskom tržištu dolaze iz različitih zemalja, do čega bi nesumnjivo dolazilo ukoliko bi se merodavno pravo određivalo sa oslonom na *lex nationalis* ili *lex domicilli.*

Ako se ne može odrediti država u kojoj radnik pretežno obavlja svoju delatnost, recimo da zaposleni posao obavlja na otvorenom moru, merodavno je pravo "države na čijoj se teritoriji nalazi preduzeće poslodavca u kojem je zaposleni u radnom odnosu". *Lex firamae laboris* kao supsidijarna tačka vezivanja za cilj ima

[23] Čl. 7 (2) Rim I Uredbe (EC) br.593/2008 od 17, juna 2008. godine o merodavnom pravu za ugovorne odnose, *"Službeni list EU"* 2008, L 177/6.

[24] Recital 36 Rim I Uredbe.

jačanje pravne sigurnosti iz razloga što se njome izbegava menjanje radnopravnog statuta (u slučajevima kada se pitanje prava na patent uređuje u radnopravnoj sferi), kao i primena više prava istovremeno.

Za razliku od Rim I Uredbe, Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, kao njena prethodnica, nije poznavala *lex firamae laboris* kao tačku vezivanja. Uvedena je naročito imajući u vidu posade vazduhoplova i slične radnike kod kojih ne postoji mesto gde se uobičajeno obavlja rad, ali postoji mesto iz koga se njihov rad organizuje, odakle dobijaju instrukcije za rad, gde podnose sveje izveštaje o radu, kao i gde obavljaju sigurnosne provere vezane za rad i slično.[25] Reč je dakle o kaskadnoj kolizionoj normi koja postavlja primarnu i supsidijarnu tačku vezivanja.

U slučaju kada bi *lex loci laboris* ili pak *lex firamae laboris* vodio do srpskog prava kao merodavnog, odgovor na pitanje kome pripada pravo na evropski patent, odnosno ko se smatra subjektom zaštite kada je reč o pronalascima iz radnog odnosa, dale bi odredbe srpskog Zakona o patentima. Domaći Zakon pitanje titulara prava na patentu zaštitu pronalazaka iz radnog odnosa detaljno reguliše. Poslodavac ili njegov pravni sledbenik izričito se navode kao nosioci prava na zaštitu pronalazaka.[26] Poslodavac ima pravo na zaštitu pronalaska iz radnog odnosa, osim ako ugovorom između poslodavca i pronalazača nije drugačije uređeno. Ako je pronalazak iz radnog odnosa zaštićen na ime poslodavca, pronalazaču pripadaju moralna prava u vezi sa tim pronalaskom, kao i pravo na naknadu zavisno od efekata ekonomskog iskorišćavanja pronalaska.

Naime, deo IX Zakona o patentima nosi naziv *Pronalasci iz radnog odnosa* i on detaljno uređuje: pojam pronalaska iz radnog odnosa, pravo poslodavca na zaštitu pronalaska iz radnog odnosa, pravo zaposlenog na zaštitu pronalaska iz radnog odnosa, naknada zaposlenom, postupanje zaposlenog, obaveštenje zaposlenom, postupanje zaposlenog i poslodavca po obaveštenju, pravo poslodavca na pribavljanje isključive licence, korišćenje pronalaska iz radnog odnosa i obavezu čuvanja tajne.[27]

---

[25] Matanović Vučković R., Kunda I., *op. cit.,* str. 113.

[26] Čl. 3 Zakona o patentima.

[27] Čl. 57-66. Zakona o patentima.

KOLIZIONE NORME U SRPSKOM PRAVU

De lege ferenda rešenja predviđena Nacrtom Zakona o međunarodnom privatnom pravu[28], nesumnjivo su po brojnim pitanjima revolucionarna. Glava VI Nacrta nosi naziv *Intelektulana svojina* i sadrži tri člana koja uređuju pitanja nadležnosti za sporove o pravima intelektualne svojine, kao i nadležnosti kada je zaštita zatražena za teritoriju Republike Srbije (konvencijski režim), merodavnog prava za postojanje, punovažnost, dejstva, trajanje, prestanak i prenosivost kako prava industrijske svojine, tako i autorskih prava, ali i prava intelektualne svojine iz radnog odnosa.

Kada je reč o pravu intelektualne svojine iz radnog odnosa Nacrt određuje da merodavno pravo za ugovor o radu određuje imaoca prava intelektualne svojine ako je predmet ovog prava nastao u okviru radnog odnosa. Time se kolizionopravni tretman pronalazaka iz radnog odnosa smešta u radnopravnu regulativu, i čini krupna razliku u odnosu na tretman pronalazaka iz radnog odnosa prema Zakonu o patentima (!). No, možda je predloženo rešenje proizvod tradicionalnog međunarodnoprivatnopravnog tretmana pronalazaka i *de lege lata* rešenja u srpskom pravu.

Važeći Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja iz 1982. godine[29] (u daljem tekstu: ZRSZ) ne određuje merodavno pravo u pogledu prava industrijske svojine, ni kada predmet prava jeste, niti kada on nije vezan radnim odnosom. Sledstveno tome, odgovor na pitanje koje je pravo merodavno kada je reč o zaštiti pronalazaka iz radnog odnosa daće nam čl. 20 ZRSZ-a. Ako problem određivanja merodavnog prava nije rešen (ili nije u potpunosti rešen) pomoću autonomije volje, merodavno pravo se određuje pomoću kombinacije principa najtešnje povezanosti i neke neposredno vezujuće tačke vezivanja.[30]

Zakon polazi od ideje da treba primeniti pravo domicila (sedišta) nosioca karakteristične prestacije. Ovaj član postavlja tačke vezivanja za čak 19 ugovora.

[28] Konačna verzija Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu, 2014, dostupno na adresi: www.mpravde.gov.rs

[29] Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, *"Službeni list SFRJ"*, br. 43/1982, br. 72/82, *"Službeni list SRJ"*, br. 46/96.

[30] Varadi T. *et al., Međunarodno privatno pravo,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 405.

Poslednja kategorija[31] jesu imovinska potraživanja iz ugovora o radu, za koje se utvrđuje merodavnost prava države u kojoj se rad obavlja ili se obavljao, čime se čini odstupanje od polazne ideje i ne primenjuje se pravo države domicila zaposlenog već *lex loci laboris*. Međutim, ova tačka vezivanja upućuje na merodavno pravo samo u pogledu imovinskih potraživanja iz ugovora o radu, što znači da u pogledu neimovinskih prava intelektualne svojine (a tu nesumnjivo spada pitanje nosioca prava na patent) ZRSZ ne sadrži ni posredno, niti neposredno rešenje, pa bi odgovor trebalo tražiti u okrilju *lex fori*.

ZAKLJUČAK

Tokom poslednjih decenija, autonomija suverenih država u procesu stvaranja pravnih pravila je prilično oslabljena, iz razloga što značaj predmeta regulisanja prevazilazi nacionalne granice i nameće državama pravni i institucionalni režim koji je kreiran putem najčešće multilateralnih, ali i bilateralnih sporazuma. Ovaj režim postaje sve složeniji i u sve većoj meri ograničava državama njihove regulatorne slobode. U tom kontekstu, za ovaj rad značajno je bilo pitanje patente zaštite pronalazaka u režimu Konvencije o evropskom patentu kojom se regulišu patenti koje priznaje Evropska organizacija za patente. Na više mesta je ukazano da KEP sadrži posebnu kolizionu normu koja nas vodi do merodavnog prava, u čijem okviru tražimo odgovor na pitanje ko se smatra nosiocem prava na evropski patent onda kada je pronalazač u radnom odnosu.

Odredba KEP-a upućuje na *lex loci laboris* kao primarnu tačku vezivanja, koja nije nepoznanica u evropskom pravu. Kako je Republika Srbija strateški opredeljena u pravcu pridruživanja EU, za srpske sudove je veoma značajno da prate razvoj sudske prakse Evropskog suda pravde i nacionalnih sudova država članica EU vezano za tumačenje navedene tačke vezivanja koja je u evropskom kolizionom pravu propisana odredbama Rim I Uredbe.

Koliziona norma sadržana u KEP-u može nas odvesti do različitih pravnih režima, koje grubo govoreći možemo podeliti u dve grupe: jedna koja pitanje zaštite pronalazaka iz radnog odnosa uređuje propisima iz oblasti intelektualne svojine i druga koja ovo pitanje uređuje radnopravnim propisima. Republika Srbija se može svrstati u prvu grupu.

[31] Čl. 20, t. 19. ZRSZ-a.

Takođe, uočili smo da Nacrt novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu p prvi put predlaže intelektualnu svojinu za posebnu pravnu kategoriju, i još uže, predviđa posebnu pravnu kategoriju kada su u pitanju prava intelektualne svojine iz radnog odnosa.

JELENA BELOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University
of Priština (Kosovska Mitrovica)
GORDANA DAMJANOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, University
of Pristina (Kosovska Mitrovica)

APPLICABLE LAW FOR THE PROTECTION OF EMPLOYMENT – RELATED INVENTIONS

Summary

Comparatively observed legal protection of the invention from employment relationship is realized by the regulations of labor law or intellectual property law. Not necessarily, this logic is followed by collision law regulations. Although modern codification of international private law governs the issue of applicable law regarding intellectual property rights, the existence of a special collision norm when it comes to employment- related inventions is very rare. The analysis of the collision norm contained in the European Patent Convention which regulates the applicable law in relation to the particular issue of the patent right holder when the inventor is employed, is of particular interest for this work.

KSENIJA VLAŠKOVIĆ

PRONALASCI ZAPOSLENIH NA VISOKIM ŠKOLAMA U NEMAČKOM PRAVU

UVOD

Jedna od specifičnosti nemačkog prava je postojanje posebnog zakona kojim se regulišu pravni odnosi u vezi sa pronalascima nastalim u radnom odnosu. Ovaj Zakon donet je 1957. godine[1] (nemački: *Gesetz über Arbeitnehmererfindungen*, у даљем тексту: *ArbnErfG)* i u gotovo neizmenjenom obliku važio je sve do reforme,[2] koja je izvršena 2002. godine. Navedenim zakonom reguliše se interesni konflikt koji postoji između načela patentnog i radnog prava.

Naime, prema nemačkom Zakonu o patentima pravo na pronalazak pripada lično pronalazaču, a po načelima nemačkog radnog prava rezultat istraživačkih napora zaposlenog pripada poslodavcu. Ovaj konflikt interesa[3] između patentnog i radnog prava nastao je 1936. godine donošenjem Zakona o patentima

Dr Ksenija Vlašković, pravno kadrovski analitičar Rektorata Univerziteta u Kragujevcu.

[1] Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (*ArbnErfG)*, 25. Juli 1957, *BGBl I/1957, 756.*

[2] Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen (*ArbnErfG)*, 18. Januar 2002, *BGBl. I/2002, 414.*

[3] O ovom pitanju videti: Andrea Fleuchaus, Sven-Erik Braitmayer, "Hochschullerprivileg ade", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 8/2002, 653.

(nemački: *Patentgesetz)*[4], uvođenjem pojma "principa pronalazača"[5], umesto do tada važećeg "principa prijavioca"[6].

Namera zakonodavca, pri izradi *ArbnErfG* iz 1957. godine, upravo je bila da stvori instrumentarijum kojim se poslodavcu pruža mogućnost da sebi osigura pronalaske koji se odnose na njegovo područje delatnosti, a u cilju iskorišćavanja za svrhe preduzeća i njegov dalji tehnološki razvoj. Interesi poslodavca imali su prvenstvo u poređenju sa interesima zaposlenog u smislu iskorišćavanja pronalaska. Međutim, ova regulativa nikada nije bila u neograničenoj meri preneta na visoke škole.

U poređenju sa preduzećima kod visokih škola se ne može govoriti o neophodnosti da se preuzimanjem pronalaska osigura *know-how*. Drugim rečima, kod preduzeća svrha preuzimanja nije samo obezbeđenje njegove tehnološke budućnosti, nego i stvaranje mogućnosti sticanja dobiti na osnovu licenciranja ili prodaje pronalaska. Nasuprot tome, ne sme se zaboraviti da su primarni univerzitetski zadaci nastava, obrazovanje, istraživanje, transfer tehnologije i karijerno napredovanje, a ne trgovina isključivim pravima, koja donosi privrednu dobit. U tom pogledu, visoka škola se jasno razlikuje od preduzeća.[7]

Polazeći od takvih okolnosti, u *ArbnErfG* su unete posebne odredbe kojima se reguliše pravna zaštita pronalazaka nastalih na univerzitetima, odnosno visokim školama. Predmet istraživanja ovog rada su upravo sadržina i značaj ovih odredaba, čiji je domašaj primene određen i odgovarajućim propisima nemačkog krovnog Zakona o visokim školama (nemački: Hochschulramengesetz, u daljem tekstu: HRG)[8], nemačkog Zakona o patentima (nemački: Patentgesetz, u daljem tekstu: PatG)[9].

---

[4] Patentgesetz vom 5. Mai 1936, RGBI. II, 117.

[5] "Erfinderprinzip", § 3, (1), Patentgesetz vom 5. Mai 1936, Alexander K. Schmidt, *Erfinderprinzip und Erfinderpersönlichkeitsrecht im deutschen Patentrecht von 1877 bis 1936,* Mohr Siebeck, 2009, 37.

[6] "Anmelderprinzip", § 3, (1), Patentgesetz vom 1891, Alexander K. Schmidt, *nav. delo,* 39.

[7] Reimer, Schade, Schippel, *Gesetz* ***über Arbeitnehmererfindungen und deren Vergütungsrichtlinien***, Kommentar, 8. Auflage, Nachtrag Stand Oktober 2009, Erich Schmidt Verlag, 81.

[8] Hochschulramengesetz (HRG), 23. Mai 2017, *BGBl. I/2017, 1228.*

[9] Patentgesetz (PatG),8. Oktober 2017, *BGBl. I/2017, 3546.*

PRIVILEGIJA PRONALAZAČA ZAPOSLENIH NA VISOKIM ŠKOLAMA PO ZAKONU IZ 1957. GODINE I RAZLOZI ZA NJENU REFORMU

Prema *ArbnErfG* iz 1957. godine pronalasci nastavnika, docenata i naučnih asistenata na visokim školama smatrani su slobodnim pronalascima. To znači da je naučno osoblje imalo isključivo pravo raspolaganja i iskorišćavanja pronalaska. Drugim rečima, stvorena je privilegija u korist navedenih lica zaposlenih na visokim školama. Oni su bili oslobođeni obaveze da pronalaske ponude visokim školama, odnosno univerzitetu, pa čak i da ih o njima informišu.[10]

Ovakva regulativa je u prošlosti često za posledicu imala izuzetno nizak nivo aktivnosti u cilju iskorišćavanja ili komercijalizacije rezultata istraživanja. Razlozi za to su najpre okolnost ogromnih finansijskih ulaganja i rizika za profesore, kao i činjenica da oni nisu uvek u mogućnosti da raspolažu dovoljnim saznanjima o svim modalitetima iskorišćavanja patenta, tako da je njihov interes prvenstveno bio usmeren na što ranije publikovanje rezultata istraživanja. Time je inovacioni pristup univerzitetskih istraživača, kao i njime ostvareni rezultati ostao bez značaja za privredu.

Pored toga, privilegija univerzitetskih profesora vremenom je postala i faktički prevaziđena, jer danas gotovo svaki univerzitetski profesor u okviru svojih istraživanja koristi sredstva trećih lica. [11] U tom kontekstu, oni se ugovorom dobrovoljno odriču navedenih privilegija i svoja prava na pronalazak prenose trećem licu, koje je finansiralo istraživanje.

Cilj nove regulative iz 2002. godine je da se *ArbnErfG*, čuvajući slobodu istraživanja i nastave, prilagodi promenjenim društvenim okolnostima tako da se podstakne inovativna delatnost na visokim školama, kao i transfer tehnologije i nauke i da se stvore okviri za izgradnju patentne infrastrukture na visokim školama neophodne za efektivno privredno iskorišćavanje rezultata istraživačkog rada. Pored intenzivnijeg privrednog korišćenja pronalazaka nastalih na visokim školama, izmena ima za cilj i ostvarivanje dodatnih prihoda u dužem vremenskom periodu. Uslov za to je stvaranje institucija koje će u tehničkom i personalnom smislu biti osposobljene za procenu pronalaska, podnošenje patentnih prijava i

[10] Andrea Fleuchaus, Sven-Erik Braitmayer, *navedeni članak,* 654.

[11] *Rudolf Kraßer, Die neuen Vorschriften über Hochschulerfindungen,* Deutscher Hochschulverband, dostupno na: https://www.hochschulverband.de/Hochschullehrerprivileg..., 6.

iskorišćavanje pronalaska. U početnoj fazi za ostvarivanje ovakvih zadataka neophodno je ulaganje državnih sredstava.[12]

Prema novoj regulativi pronalasci svih lica na visokim školama podpadaju pod opšta pravila.[13] Međutim, izuzetak je definisan § 42, ovog zakona u vezi sa područjem nauke i naknadom koja pripada pronalazaču, jer po mišljenju zakonodavca visokim školama treba da bude omogućena zaštita svih pronalazaka, kao i njihovo privredno iskorišćavanje i intenzivnije uvođenje u industrijsku upotrebu.

U tom kontekstu i u zaključku Pravnog odbora nemačkog Parlamenta je istaknuto: "Izmenom dosadašnjeg posebnog pravila za nastavnike i saradnike visokih škola, po kojem su oni mogli slobodno da odlučuju o prijavi i iskorišćavanju svojih pronalazaka, trebalo bi da visoke škole dobiju mogućnost da takve pronalaske u cilju iskorišćavanja preuzmu na sebe. Time bi se broj pronalazaka koji su na raspolaganju visokim školama suštinski povećao.

Mogućnost preuzimanja svih pronalazaka na visokim školama stvara pretpostavku da se na području visokog školstva započne sa stvaranjem patentne infrastukture, koja se finansira iz sredstava dobijenih iskorišćavanjem pronalazaka."[14] Kvalifikovanje pronalazaka u visokom školstvu kao službenih nije u suprotnosti sa ustavno garantovanom slobodom istraživanja i nastave.[15]

NOVA FORMULACIJA § 42 ZAKONA O PRONALASCIMA NASTALIM U RADNOM ODNOSU

Pravni okvir za ovo istraživanje određen je novom formulacijom § 42, *ArbnErfG* u vezi sa § 40. Prema § 40, određeno je da se na pronalaske i tehnička unapređenja zaposlenih u preduzećima, administracijama saveza, zemalja, opština i ostalih tela, instituta i fondacija javnog prava primenjuju propisi za zaposlene u privatnoj službi, pored ostalog i sa sledećim ograničenjem: "1. umesto preuzima-

[12] Klaus Gärditz, Louis Pahlow, *Hochschulerfinderrecht: Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Springer-Verlag, 2011, 30.

[13] Kurt Bartebbach, Franz-Eugen Volz, "Erfindungen an Hochschulen", *GRUR* 9/2002, 747.

[14] DeutscherBundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache14/5939, 26. 04. 2001, Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Patentwesens an den Hochschulen, dostupno na: http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/059/1405939.pdf, 6.

[15] *Rudolf Kraßer,* navedeno delo*, 9.*

nja službenog pronalaska poslodavac može da zahteva primereno učešće u dobiti koja se ostvaruje službenim pronalaskom, ukoliko je to unapred ugovoreno. O visini učešća mogu se unapred zaključiti odgovarajući sporazumi. U slučaju da nije postignut dogovor o visini učešća, utvrdiće ga poslodavac. Pri tom se visina i vrsta naknade određuju na osnovu § 12, *ArbnErfG* stavovi 3 do 6."[16]

Drugim reöima, prema § 42, *ArbnErfG* predviđeno je da za pronalaske zaposlenih na visokoj školi važe sledeće posebne odredbe: "1. Pronalazač je ovlašćen da službeni pronalazak objavi u okviru svoje nastavne i istraživačke delatnosti kada je to blagovremeno najavio poslodavcu, po pravilu, dva meseca ranije (napomena autora: u tom pogledu § 24, st. 1 i 2, *ArbnErfG* se ne primenjuju.[17]); 2. U slučaju da pronalazač odbije objavljivanje svog službenog pronalaska na osnovu slobode nastave i istraživanja, nije obavezan da pronalazak prijavi poslodavcu. Ako pronalazač svoj pronalazak želi da objavi u nekom kasnijem trenutku, obavezan je da poslodavcu neodložno prijavi pronalazak; 3. Pronalazaču u slučaju preuzimanja službenog pronalaska pripada neisključivo pravo službenog pronalaska u okviru njegove istraživačke i nastavne delatnosti; 4. Kada poslodavac iskorišćava pronalazak visina naknade iznosi 30% prihoda koji su ostvareni njegovim iskorišćavanjem; 5. § 40, st. 1, se ne primenjuje."[18]

NAČELO VAŽENJA ZAKONA O PRONALASCIMA NASTALIM U RADNOM ODNOSU

Opšta pravila *ArbnErfG* načelno važe za sve pronalaske zaposlenih na visokim školama, s izuzetakom § 42, kojim je propisano nekoliko posebnih pravila. Naime, prema novoj regulativi obaveza je svakog zaposlenog, uključujući i nastavnike visokih škola, da službeni pronalazak prijave poslodavcu na osnovu § 5, ovog zakona, osim u slučaju izuzetka predviđenog § 42, st. 2. To znači da poslodavac ima pravo ograničenog ili neograničenog preuzimanja svih službenih pronalazaka nastalih na visokoj školi.

[16] § 40, *ArbnErfG,* (Treći deo: Pronalasci i predlozi za tehnička unapređenja od strane javnih službenika, državnih službenika i vojnika).

[17] § 24, st. 1 i 2, odnosi se na čuvanje poslovne tajne od strane poslodavca i zaposlenog. Naime, saopšteni ili prijavljeni pronalazak zaposlenog poslodavac će čuvati u tajnosti, onoliko dugo koliko to zahtevaju njegovi opravdani interesi. Zaposleni će čuvati tajnost pronalaska sve dok on ne postane slobodan.

[18] § 42, *ArbnErfG*.

Međutim, u pravnoj teoriji postoji i stanovište da visoka škola nije u svakom slučaju obavezna da bez izuzetka primeni § 42, *ArbnErfG*. Naime, u slučaju da visoka škola nije u mogućnosti da, zbog nepostojanja odgovarajuće infrastrukture za iskorišćavanje pronalaska, neodložno preuzme radnje naložene § 42, *ArbnErfG*, postoji mogućnost za individualni dogovor, kojim se nastavniku dozvoljava isključivo pravo raspolaganja i korišćenja sopstvenog pronalaska.[19]

PERSONALNO VAŽENJE ZAKONA O PRONALASCIMA NASTALIM U RADNOM ODNOSU

Personalno područje važenja § 42, *ArbnErfG* iz 2002. godine razlikuje se od onoga koje je bilo određeno ranijim propisom. Naime, ono više nije ograničeno samo na pronalaske profesora, docenata i asistenata, nego obuhvata i pronalaske svih zaposlenih na visokim školama. Na taj način se ostvaruje težnja za podsticanjem inovacija, a istovremeno uzima u obzir da u zajedničkom istraživanju učestvuje i naučni i tehnički personal visoke škole. Na primer, u krug lica na koje se ova odredba odnosi spadaju i radnici u opštoj upravi i službenici. Pored toga, personalom na visokim školama smatraju se i saradnici postavljeni na istraživanjima, koja se finansiraju sredstvima trećih lica.[20]

Pojam visoke škole određen je § 1, krovnog Zakona o visokom obrazovanju (*HRG)* i obuhvata: univerzitete, visoke pedagoške škole, umetničke visoke škole, stručne visoke škole i ostale organizacije obrazovanja koje su prema pravu zemalja državne visoke škole. Ovaj zakon se odnosi i na pronalaske nastale u radnom odnosu na visokim školama koje su državno priznate.[21]

Međutim, § 42, *ArbnErfG* iz 2002. godine ne obuhvataju se lica koja nisu stalno zaposlena na visokim školama. Naime, prema §§ 36 i 55, *HRG* reč je o gostujućim docentima, odnosno licima ovlašćenim za izvođenje nastave i doktorandima.[22] Takođe, ovom odredbom nisu obuhvaćeni ni pronalasci studenata, osim

[19] Hubert Detmer, Urlike Preissler, Kurzinformation: *Das Hochschullehrerprivileg und die Regelung des § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz,* dostupno na: https://www.hochschulverband.de/Hochschullehrerprivileg..., 5.

[20] §§ 25, 26. i 57, krovnog Zakona o visokom obrazovanju. Hochschulramengesetz (HRG) vom 23. Mai 2017, *BGBl. I/2017*, 1228, dostupno na: www. juris.de.

[21] Uslovi su predviđeni § 70, HRG, dostupno na: www. juris.de.

[22] §§ 36 i 55, HRG, dostupno na: www. juris.de.

u slučaju da su oni zaposlenici, odnosno postavljeni kao pomoćno osoblje. Pronalazak koji student stvori u vezi sa diplomskim radom pripada studentu, pa on s njim slobodno raspolaže.

Pored toga, § 42, *ArbnErfG* se ne primenjuje ni na ona lica koja se na osnovu nekog drugog pravnog odnosa nalaze na visokoj školi. Na primer, saradnik profesora kojeg je on zaposlio u privatnoj službi u cilju da mu pruži pomoć ili lica koja se na osnovu privatnog ugovora o službi definišu kao zaposleni u vezi sa istraživanjima koja finansiraju treća lica.[23] Isto važi i za saradnike koji su poslati od strane trećih lica, na primer, radnici onih lica koja su naručila izvršenje posla na visokoj školi ili radnici kooperanta.

Na primer, § 42, *ArbnErfG* ne primenjuje se na naučnike i ostale pripadnike istraživačkih instituta, koji su izvan univerziteta, bez obzira da li je reč o ustanovama koje je osnovala država ili je reč o privatnim istraživačkim organizacijama, kao što su *Institut Max-Planck* ili instituti *Frauenhofer* društva za podsticanje privrednih istraživanja.[24]

STVARNO PODRUČJE VAŽENJA ZAKONA O PRONALASCIMA NASTALIM U RADNOM ODNOSU

Stvarno područje važenja § 42, *ArbnErfG* odnosi se na sve pronalaske zaposlenih na visokim školama. Drugim rečima, ovom odredbom obuhvaćeni su svi pronalasci, koji su podobni za zaštitu patentom ili korisnim modelom.[25] Ovaj paragraf se ne odnosi na tehnička unapređenja. Međutim, naučnicima na visokim školama se, za razliku od ostalih radnika i službenika, priznaje pravo da tehničko unapređenje koje je nastalo u okviru istraživačke delatnosti iskorišćava pored poslodavca. Takođe im pripada i pravo da ovakve rezultate istraživanja objave, osim da se tome, u konkretnom slučaju, ne suprotstavlja obaveza čuvanja tajne po osnovu nužnog javnog interesa.[26]

[23] Isti sadržaj je propisan i §§ 25, 26. i 57, st. c, HRG, dostupno na: www. juris.de.

[24] Kurt Bartebbach, Franz-Eugen Volz, navedeni članak, 748.

[25] Ksenija Vlašković, "Obaveznost arbitraže prema nemačkom Zakonu o pronalascima iz radnog odnosa", *Pravo i privreda 7-9/2018*, 494.

[26] Kurt Bartebbach, Franz-Eugen Volz, navedeni članak, 749.

KARAKTERIZACIJA SLUŽBENIH PRONALAZAKA NA VISOKIM ŠKOLAMA

Prema *ArbnErfG* načelno postoje dve vrste pronalazaka. To su službeni pronalasci (nemački: *Diensterfindungen)* i slobodni pronalasci (nemački: *freie Erfindungen).* U smislu opštih propisa službeni pronalasci su oni koji nastaju za vreme trajanja zaposlenja na visokoj školi, odnosno u toku izvršavanja radnih zadataka ili na osnovu iskustva u okviru same organizacije.

Međutim, u slučaju pronalazaka naučnika ne mogu se isključiti neki specifični problemi u smislu razgraničenja između službenih i slobodnih pronalazaka, s obzirom na ustavno garantovanu slobodu istraživanja i nastave. Naime, kada je reč o naučnicima zaposlenim na visokim školama istraživanje spada u klasične službene zadatke. Ovaj opšti krug zadataka često nije dovoljan da zasnuje svojstvo pronalaska po zadatku u smislu § 4, st. 2, br. 1, *ArbnErfG*.

Naprotiv, utvrđivanje ovakvog pronalaska načelno je uslovljeno dodeljivanjem određenog naloga za istraživanjem ili razvojem određene delatnosti. U tom kontekstu se u teoriji izdvajaju dva osnovna shvatanja. Po prvom, uzimajući u obzir široku samostalnost naučnika u izvršavanju i izboru zadataka, ističe se da su pronalasci po zadatku naučnika na visokim školama izuzetak. Po drugom shvatanju, u službene obaveze profesora visokih škola spada obaveza da svoj fah zastupaju na primeren način u istraživanju i nastavi, pri čemu oni nisu obavezani na stvaranje pronalazaka, a takođe mogu i da slobodno biraju predmet svog istraživanja. [27]

Međutim, rad na slobodno izabranim istraživačkim zadacima spada u službene obaveze u cilju istraživanja. Iz tog razloga se smatra da je takav pronalazak onaj koji nastaje iz delatnosti koja je deo dužnosti profesora.[28] Slučajevi u kojima pronalasci profesora ne spadaju u grupu pronalazaka nastalih u izvršavanju dužnosti mogući su van stručnog područja za koje je profesor imenovan, pre svega u okviru sporednih delatnost.

SLOBODNI PRONALASCI

Za utvrđivanje svojstva slobodnog pronalaska važe opšta pravila sadržana u § 4, III i § 8, I, *ArbnErfG*. Slobodni pronalasci su oni koje je visokoškolski nastav-

[27] Kurt Bartebbach, Franz-Eugen Volz, navedeni članak, 748.

[28] *Rudolf Kraßer,* navedeno delo*, 8.*

nik stvorio u okviru dozvoljene sporedne delatnosti. Tako, na primer, prema § 8, I navedenog zakona službeni pronalazak postaje slobodan kada izostane neograničeno preuzimanje pronalaska od strane poslodavca. U tom slučaju pronalazač može da pronalazak prijavi za zaštitu ili da nastavi započeti postupak prijave, kao i da slobodno raspolaže pronalaskom. [29]

SLOBODA OBJAVLJIVANJA PRONALASKA

Nastavnik visoke škole slobodno odlučuje da li će rezultate svog istraživačkog rada saopštiti javnosti. U načelu sloboda objavljivanja može biti pozitivna i negativna. Pozitivna sloboda objavljivanja, uz obavezu blagovremenog obaveštavanja poslodavca o pronalasku, odnosi se samo na publikacije u kojima je reprodukovan završeni pronalazak, a ne i na publikacije u kojima nije sadržan neposredno primenljiv rezultat istraživanja.

Drugim rečima, moraju se blagovremeno prijaviti samo takve publikacije ili druga objavljivanja kojima se opisom ili drugim podesnim sredstvima, na primer, crtežima ili tehničkim formulama predstavlja uputstvo o postupanju na takav način da je prosečni stručnjak dotične oblasti u mogućnosti da ih, bez naročitog napora, ponovi.[30] Visoka škola ne može da utiče na odluku pronalazača da li će on objaviti ili zabraniti objavljivanje pronalaska. Ovakva regulativa pokazuje da sloboda istraživanja, koja je ustavom garantovana ima prednost u odnosu na interese poslodavca. To znači da poslodavac takođe ne može službeni pronalazak proglasiti poslovnom tajnom, bez saglasnosti pronalazača.

Pravo na objavljivanje znači da pronalazak može biti objavljen usmenim ili pismenim opisivanjem, korišćenjem ili na drugi način kojim se čini dostupnim javnosti. Sloboda objavljivanja pronalaska odnosi se samo na one koji su stvoreni u okviru nastave i istraživanja, a obuhvata celokupno područje delovanja visokoškolskog nastavnika u univerzitetskom i van univerzitetskom području, pri čemu je reč samo o nekomercijalnom korišćenju.[31]

Pronalazač koji ima nameru da objavi pronalazak obavezan je da o tome blagovremeno obavesti poslodavca. Sadržina obaveštenja nije propisana zakonom, pa ne mora biti naveden konkretni povod, vrsta i mesto planiranog objav-

[29] Isto, 750.

[30] *Rudolf Kraßer,* navedeno delo, 13.

[31] Kurt Bartebbach, Franz-Eugen Volz, navedeni članak, 752.

ljivanja. Međutim, za poslodavca mora biti jasno da pronalazač planira objavljivanje i od kada će to učiniti. Na taj način poslodavac može ubrzati podnošenje prijave za pronalazak prema § 13, *ArbnErfG*. Obaveštenje nije vezano za formu, pa može biti učinjeno usmeno, pismeno, telefonski, mejom ii faksom. S obzirom da teret dokazivanja okolnosti da je poslodavac primio obaveštenje pada na pronalazača preporučuje se pisana forma.

Pronalazač je obavezan da poslodavca obavesti o nameri da će objaviti pronalazak po pravilu dva meseca pre objavljivanja. Rok se računa od prijema obaveštanja od strane poslodavca. Od ovog redovnog roka se može i odstupiti u slučaju da naročite okolnosti vezane za naučne interese pronalazača zahtevaju skraćenje ovog roka ili kada kompleksnost same prijave, rešerž novosti i slične okolnosti govore u korist produženja roka.[32] Na strani poslodavca obaveštenje stvara obavezu da on ubrzano podnese prijavu za sticanje prava. U slučaju da pronalazač objavi službeni pronalazak posle isteka navedenog roka, tada poslodavac ne može podneti prijavu za sticanje prava na pronalazak, jer pronalazak više nije nov. Međutim, i sama visoka škola ovlašćena je da zatraži kratkoročno produženje ovog roka, na primer, u slučaju da je moguće potvrditi da je ona neodložno preduzela pripreme za prijavu pronalaska i da će one u kratkom vremenu biti završene. Pri tome, se takođe mora uzeti u obzir da prijava kojom se stiče prioritet još uvek ne mora da sadrži optimalno i konačno formulisanje patentnih zahteva.[33]

SLOBODA NEOBJAVLJIVANJA PRONALASKA

Pronalazač ima pravo da zabrani objavljivanje rezultata svog istraživačkog rada, što znači i službenog pronalaska. Time se istovremeno stvara izuzetak od obaveze prijavljivanja pronalaska poslodavcu, koja je predviđena § 5, *ArbnErfG*. U osnovi reč je o tome da pronalazač odbija objavljivanje pronalaska iz naučnih i etičkih razloga. Međutim, mogu postojati i drugi razlozi, kao na primer, potreba sa čuvanjem tajne u vezi sa istraživačkim radovima koji su u toku, u obzir dolaze i privredni razlozi kao što su: ispitivanje područja primene, nastojanje da se poboljša kvalitet pronalaska.

Odredbama *ArbnErfG* je isključen zahtev poslodavca na utvrđivanje razloga za ovakvu odluku pronalazača, pa poslodavac nema pravo da ispituje osnova-

[32] Isto, 751.

[33] *Rudolf Kraßer,* navedeno delo, 14.

nost odbijanja objavljivanja. Ovakvo pravo pronalazača ima za posledicu da visoka škola partneru u ugovorima o kooperaciji ili ugovorima koji su finansirani sredstvima trećih lica može obećati i ustupiti prava na pronalasku, koji je nastao u izvršenju ugovorenog istraživanja samo kada je reč o prijavljenom službenom pronalasku.[34]

U slučaju korišćenja prava na nepublikovanje pronalazač ne može sam objaviti pronalazak, niti iskorišćavati svoje rezultate istraživačkog rada. Kada pronalazač službeni pronalazak, suprotno svojoj prvobitnoj nameri, hoće da objavi u nekom kasnijem trenutku obavezan je da neodložno prijavi poslodavcu pronalazak i da ga blagovremeno obavesti o nameri objavljivanja. Naknadnom izmenom volje pronalazača ponovo se uspostavlja obaveza prijavljivanja prema § 5, *ArbnErfG* sa odgovarajućim pravnim posledicama koje su predviđene u §§ 6, 7 i 13, *ArbnErfG*.[35]

PRAVO KORIŠĆENJA PRONALASKA OD STRANE PRONALAZAČA

Prema *ArbnErfG* pronalazaču se priznaje pravo korišćenja rezultata njegovog istraživačkog rada u okviru nastavne i istraživačke delatnosti. To je izraz ustavno garantovane slobode nauke, koja se ostvaruje uz pojmovnu pretpostavku je da je poslodavac neograničeno preuzeo službeni pronalazak, jer u slučaju ograničenog preuzimanja poslodavac stiče samo neisključivo pravo iskorišćavanja prema § 7 *ArbnErfG*, a pronalazač je titular prava.[36] Naime, neisključivo pravo korišćenja pronalaska odgovara prostoj licenci, koja je vezana za ličnost pronalazača i ne može se prenositi, niti naseđivati.

U materijalnom smislu pravo iskorišćavanja je ograničeno i postoji samo u okviru nastavne i istraživačke delatnosti.[37] Njime se, dakle, obuhvata svaka nekomercijalna primena pronalaska na području obrazovanja i nauke. Sa ovakvim ograničenjem pravo iskorišćavanja pronalaska se odnosi na sve radnje koje su obuhvaćene patentom. Međutim, ovo pravo prevazilazi privilegiju koja je sadržana u §. 11, br. 2, *PatG*. Naime, iskorišćavanje nije ograničeno samo na primenu

[34] Isto, 17.

[35] Isto, 15.

[36] Isto, 16.

[37] Andrea Fleuchaus, Sven-Erik Braitmayer, navedeni članak, 655.

pronalaska kao predmeta istraživanja, nego obuhvata i korišćenje pronalaska kao sredstva za rad u okviru nastavne i istraživačke delatnosti pronalazača.[38]

NAKNADA U SLUČAJU ISKORIŠĆAVANJA PRONALASKA

Norma o naknadi u slučaju iskorišćavanja pronalaska primenjuje se na sve zaposlene na visokim školama. Zakonodavac je uvažio povezanost naučnog i tehničkog osoblja u istraživačkim timovima i smatrao neopravdanim da se pronalazački doprinosi zaposlenih u istoj ustanovi u vezi sa određivanjem naknade obračunavaju primenom različitih metoda.

Pojam iskorišćavanja pronalaska se shvata u širem smislu i odnosi se na iskorišćavanje kod samog poslodavca, a takođe i na iskorišćavanje izvan pogona poslodavca, kao što su, na primer, davanje licenci ili prodaja pronalaska. Ovim pojmom su obuhvaćena iskorišćavanja i na druge načine kojima se ostvaruju imovinske vrednosti. Naknada je vezana samo za faktičko iskorišćavanje, pa mogućnost privrednog iskorišćavanja ne podleže obavezi plaćanja naknade. Visina naknade se određuje paušalno u iznosu od 30% prihoda ostvarenih iskorišćavanjem pronalaska.[39] Pri tome se kriterijumi previđeni § 9, *ArbnErfG* za određivanje naknade, kao što su: specifična vrednost pronalaska i individualni faktor učešća ne uzimaju u obzir. Pojam prihoda se široko tumači i obuhvata sve imovinske vrednosti, koje pripadaju poslodavcu na osnovu korišćenja službenog pronalaska.

Međutim, u prihode se ne ubrajaju državna sredstva za finansiranje i sredstva trećih lica uložena u razvoj. Ova sredstva služe pokriću troškova. Drugim rečima, kao osnov za obračun naknade služe ostvareni bruto prihodi. Od njih se ne odbijaju troškovi koji se odnose na sticanje prava na zaštitu, njihovo održavanje i odbranu od povreda.[40]

ZAKLJUČAK

U okviru § 42, *ArbnErfG* sadržano je nekoliko specijalnih odredaba kojima se reguliše status pronalazaka stvorenih od strane zaposlenih u visokom obra-

[38] Jan Dirk Heerma, Christopher Maierhöfer, Drei Fragen zur Vergütung des Hochschulerfinders, GRUR 8/2010, 682.

[39] Kurt Bartebbach, Franz-Eugen Volz, navedeni članak, 755.

[40] Isto, 756.

zovanju. Naime, ove specijalne odredbe odnose se na tačno definisane situacije, dok se na sve druge pravne odnose povodom ovih pronalazaka primenjuju ostale norme navedenog zakona. Time je uvažena sloboda istraživanja, nauke i nastave, koja je garantovana nemačkim Ustavom, ali i nastojanja zakonodavca da bude potencirana i osnažena uloga visokih škola ne samo u oblasti istraživanja, nego i u oblasti prijavljivanja i praktičnog iskorišćavanja pronalazaka.

Navedene odredbe se odnose na sve pronalaske koji su nastali na visokim školama, bez obzira da li su njihovi tvorci nastavnici ili druga, na primer, tehnička ili administrativna lica zaposlena na njima. Razlika između nastavnika i drugih lica postoji samo kada je u pitanju nemačkim Ustavom garantovana sloboda istraživanja, nauke i nastave, koja se logično odnosi isključivo na nastavnike.

Za nastavnike i druge zaposlene zajedničko je određivanje visine naknade u iznosu od 30% ostvarenih prihoda, nastalih iskorišćavanjem pronalaska od strane visoke škole. Ovim paušalnim određivanjem visine naknade odstupa se od pravila koje važi za druge pronalaske nastale u radnom odnosu. Naime, naknada za druge pronalaske određuje se primenom posebnih kriterijuma, kao što su: mogućnost privrednog iskorišćavanja službenog pronalaska, zadaci i položaj zaposlenog i učešće preduzeća u nastanku pronalaska.

Međutim, istovremeno je naknada za pronalaske stvorene na visokim školama vezana samo za faktičko iskorišćavanje pronalaska, što znači da se ne isplaćuje u slučaju neiskorišćavanja pronalaska. U tom pogledu je položaj pronalazača na visokim školama nepovoljniji u odnosu na druge pronalazače.

Sloboda istraživanja, nauke i nastave ogleda se u pravu nastavnika da slobodno odlučuje o objavljivanju ili neobjavljivanju rezultata istraživačkog rada. Drugim rečima, nastavnik ima pravo da slobodno objavljuje rezultate svog istraživačkog rada, samo ukoliko je reč o objavljivanju koje je učinjenu u okviru nastave i istraživanja, pri čemu je obavezan da u predviđenom roku obavesti poslodavca visoke škole o nameri publikovanja. Ova obaveza obaveštavanja postoji samo kada je reč o publikacijama u kojima je reprodukovan završen pronalazak. Međutim, obaveza blagovremenog prijavljivanja poslodavcu visoke škole ne postoji kada je reč o objavljivanju u kojem nije sadržan neposredno primenljiv rezultat istraživanja.

Pronalazač ima pravo i da zabrani objavljivanje pronalaska. Pri tom, poslodavac nema pravo da utvrđuje razloge za ovakvu odluku pronalazača, pa time ni pravo da ispituje njenu osnovanost.

Kada poslodavac neograničeno preuzme službeni pronalazak, pronalazaču pripada pravo neisključivog korišćenja pronalaska u okviru nastavne i istraživačke delatnosti. Ovo pravo je šire u poređenju sa ograničenjem iskorišćavanja pronalaska, predviđenim odredbama *PatG.* To znači da nije ograničeno samo na primenu pronalaska kao predmeta istraživanja, nego obuhvata i korišćenje pronalaska kao sredstva za rad u okviru nastavne i istraživačke delatnosti pronalazača.

KSENIJA VLAŠKOVIĆ, Ph.D.,
Associate of Rectorate University
of Kragujevac

INNOVATIONS OF HIGHER SCHOOL EMPLOYEES IN GERMAN LAW

Summary

The German Act on Employee's inventions has abolished the privilege in favor of scientific staff employed at higher schools. These inventions are now considered as official inventions. Starting from the constitutionally guaranteed freedom of research and teaching, as well as the umbrella Law on Higher Education, teachers of higher schools decide freely whether to publish the inventions that they have created with the obligation to inform the employer in a timely manner. In addition, the scientific staff also has the right not to disclose the invention, and the employer has no right to examine the merits of such a decision.

The inventors also have a non-exclusive right to use the invention in the context of teaching and research activities, which are broader in comparison with the limitations provided by the Patent Law. In the event that the employer actually makes use of the invention, the amount of the fee is determined arbitrarily in the amount of 30% of the revenues generated by the exploitation of the invention, which deviates from the regulation applicable to the other invention arising in the employment relationship.

MARIO LUKINOVIĆ,
ZORAN DRAGOJEVIĆ

VINA SA GEOGRAFSKIM POREKLOM I GEOGRAFSKE OZNAKE POREKLA

U V O D

Odukupno 77 registrovanih oznaka geografskog porekla u Zavodu za intelektualnu svojinu, 16 se odnosi na vina, a osam na ime domaćih lica: Banatski rizling, Jagodinska ružica, Kosovo polje (Amselfeld, Field of the black bird, Champ de merle, Kosovsko vino (Amselfelder), Prizren, Metohija (Metohy), Biserno ostrvo, muskat krokan i Bermet, kao i osam geografskih oznaka porekla registrovanih na ime stranih lica: Dingač - Hrvatska, Postup – Hrvatska, Crnogorski krstač, Crnogorski vranac, Crnogorski sovinjon,Crnogorski kaberne, Crnogorski merlo, Crnogorski šardone.

Lista oznaka za vina sa geografskim poreklom koja je uspostavljena u skladu sa Pravilnikom o uslovima za priznavanje, postupku priznavanja oznaka za mirna vina i nekih specijalnih vina sa geografskim poreklom, kao i o načinu proizvodnje i obeležavanja mirnih vina i nekih specijalnih vina sa geografskim poreklom

---

Dr Mario Lukinović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

Zoran Dragojević, rukovodilac Grupe za dizajn i oznake geografskog porekla Zavoda za intelektualnu svojinu Srbije.

("Službeni glasnik RS", br. 121/12, 102/14, 78/15 i 94/17) i koju vodi Ministarstvo poljoprivrede, uglavno ne korespondira sa listom koja se vodi pri Zavodu.

Iako je jedan od glavnih razloga to što su se ranije sve geografske oznake porekla vodile pri Zavodu za intelektualnu svojinu. Zavod je bio nadležan za postupak registrovanja svih geografskih oznaka, vođenje njihovog registra i upis ovlašćenih korisnika geografskih oznaka porekla. Od 2010. godine deo nadložnosti se prenosi na Ministarstvo poljoprivrede i to u delu koji se odnosi na alkoholna pića, uključujući i vina.

Geografske oznake porekla

Do zaključenja Urugvajske runde Opšteg sporazuma o trgovini i carinama (General Agreement on Trade and Tariffs – GATT) i usvajanja Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelelektualne svojine (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS) tradicionalno su se upotrebljavala dva pojma oznaka porekla (*appellation of origin*, *appellation d`origin*) i geografska oznaka (*appellation of source*, *indication de provenance*). Nakon što je termin *geografska oznaka* porekla definisan u TRIPS sporazumu (član 22. Paragraf 1): "geografske oznake porekla u u smislu ovog sporazuma, oznake koje identifikuju određenu robu kao robu poreklom sa teritorije zemlje članice ili regiona, ili lokaliteta sa te teritorije, gde je određeni kvalitet, reputacija ili druge karakteristike robe suštinski moguće pripisati njenom geografskom poreklu" postala je uobičajena upotreba ovog termina. Pariska konvencija i Madridski arnažman o oznakama porekla koriste izraze koji doslovno znače oznaka porekla i oznaka izvoda (*indication de provance* i *indication of source*), dok se u Lisabonskom aranžmanu koristi termin koji takođe znači oznala porekla (*appellation d`origin*, *appellation of origin*).[1]

Zakon o potvrđivanju Lisabonskog aranžmana je stupio na snagu 1.6.1999. godine u Saveznoj Republici Jugoslaviji. Od stvaranja Lisabonske unije kod Međunarodnog biro Svetske organizacije za intelektualnu svojinu WIPO, do danas upisano je 1078 oznaka porekla. Od tog broja na vina odnosi se 503 naziva, pri čemu najveći broj potiče iz Francuske - 370, zatim sledi Italija sa - 54, Gruzija - 18, Mađarska - 13, Alžir - 7, Tunis - 6 itd. Republika Srbija ima jedan zaštićen jedan naziv za ovu kategoriju proizvoda, a to je Bermet. Koliki je značaj vina sa geografskim poreklom, govori u prilog činjenica da Francuska od svojih 460 na-

[1] M. Marković, Zaštita geografskih oznaka porekla, Izbor objavljenih radova stručnjaka Zavoda, Savezbžni zavod za intelektualnu svojinu, Knjiga I, Beograd, 2000.

cionalno zaštićenih vina oznakama geografskog porekla godišnje prihoduje preko 14 milijardi evra.

Termini "indication of source" i "indication de province" shodno upotrebi u Madridskom aražmanu mogu se definisati kao oznaka zemlje ili mesta u njoj, kao zemlje ili mesta porekla proizvoda, te je shodno tome uobičajeno da se navedeni termini prevode kao geografska oznaka, te je taj termin prihvaćen u zakonodavstvu i stručnoj literaturi.

U Republici Srbji zakonodavac se terminološki opredelio za pojmove iz Lisabonskog i Madridskog aranžmana, te termin oznake geografskog porekla koristi kao zbirni pojam za ime porekla i geografske oznake. Sve oznake porekla su istovremeno i geografske oznake porekla, ali nije svaka geografska oznaka porekla istovremenoi oznaka porekla[2] Zakonom o oznakama geografskog porekla propisano je da se one upotrebljavaju se za obeležavanje prirodnih, poljoprivrednih, prehrambenih i industrijskih proizvoda, proizvoda domaće radinosti i usluga.[3]

Zakonom o oznakama geografskog porekla određuje se da ime porekla mogu biti geografski naziv zemlje, regiona, ili lokaliteta, kojim se označava proizvod koji odatle potiče, čiji su kvalitet i posebna svojstva isključivo ili bitno uslovljeni geografskom sredinom, uključujući prirodne i ljudske faktore i čija se proizvodnja, prerada i priprema u celini odvijaju na određenom ograničenom području. Geografska oznaka definisana je kao oznaka koja identifikuje određeni proizvod kao proizvod poreklom sa teritorije određene zemlje, regiona ili lokaliteta sa te teritorije, gde se određeni kvalitet, reputacija ili druge karakteristike proizvoda suštinski mogu pripisati njegovom geografskom poreklu i čija se proizvodnja i/ili, prerada i/ili priprema odvijaju na određenom ograničenom području. Ako su nazivi dva ili više mesta odakle proizvod potiče identični, ili gotovo identični u pisanom ili izgovorenom obliku (homonimni nazivi), zaštita takvih geografskih naziva biće priznata svim zainteresovanim licima koja ispunjavaju uslove propisane ovim zakonom, na osnovu principa pravednog i ravnopravnog tretiranja proizvođača na tržištu i istinitog obaveštavanja potrošača, osim kada to može da izazove zabunu u javnosti o tačnom geografskom poreklu proizvoda.

Odredbe Zakona o oznakama geografskog porekla ne primenjuju se na vino i rakiju i druga alkoholna pića u delu u kome su sticanje i sistem zaštite, kao i ostvarivanje prava korišćenja oznake geografskog porekla na tim proizvodima.

---

[2] *Ibid.*

[3] "Sl. glasnik RS", br. 18/2010.

S obzirom na to da geografske oznake porekla pripadaju podgrani intelektualne svojine-znacima razlikovanja, njihova funkcija obeležavanja roba i usluga u promet je višestruko značajna.Ne samo zbog značajno veće tržišne potencije proizvoda koji se njima obeležavaju, već pre svega radi izbegavanja mogućnosti dovođenja potrošača u zabludu po pitanju porekla i kvaliteta vina.

Takođe, kako potrošači ne bi bili dovedeni u zabludu, proizvođači koji u imenu vinarije ili nazivu vina, imaju geografsku odrednicu (izraze koji upućuju na geografske odrednice –naziv mesta, predela, njihov latinski naziv, crtež, slika ili skica tog mesta) moraju te nazive, crteže i slično da menjaju ili da uđu u sistem geografskog porekla.

U pravu Evropske unije oznake geografskog porekla se štite na osnovu Uredbe 1151/2012. Iz polja primene ove Uredbe izuzeti su nazivi vina i alkoholnih pića, za koja važi poseban režim.

Vina sa geografskim poreklom

Vino je poljoprivredni proizvod koji nastaje alkoholnom fermetacijom svežeg grožđa, kljuka ili šire od grožđa vinskih sorti vinove loze. Smatra se jednim od najstarijih proizvoda čovečanstva. Prema nekim arheološkim tumačenjima prvi tragovi vinarsta potiču još iz 6000. god p.n.e. sa prostora današnje Gruzije. Na prostorima današnje Srbije, Rimskom caru Marku Aureliju Probu najčešće se pripisuju zasluge za prvi zasad vinove loze, u III veku na padinama Alma Monsa (Fruška gora). Do tada je na snazi bio zakon prema kojem je samo vinogradarima na Apeninskom poluostrvu bilo dozvoljeno da sade vinovu lozu kako bi zadržali prvenstvo u proizvodnji i prodaji vina na celokupnoj teritoriji tadašnjeg Rimskog carstva.[4]

Kroz istoriju gledano, u Srbiji se poklanjala velika pažnja poklanjala vinogradarstvu i vinarstvu. Kao datum kontrole kvaliteta vina uzima se 1222. godina kada je srpski kralj Stefan Prvovenčani doneo povelju kojom se zabranjuje dodavanje vode u proizvedeno vino a njegov potomak car Dušan Silni izgradio je vinovod dužine oko 25 kilometara, kojim se transpotovalo vino od vinograda do njegovih podruma.

[4] Rimski car Domicijan (69–96) uveo je ovaj monopol koji je bio je na snazi gotovo dva veka.

Od ukupno 32.650.345 litara vina koliko je proizvedeno u Srbiji, 28.552.999 su bila stona vina, dok je 4.097.346 litara vina sa geografskim poreklom.

Gotovo da ne postoji nijedan proizvod kod kojeg su toliko važni i prirodni ljudski faktori za dobijanje posebnih svojstava i kvaliteta, kao što je to vino. Narodna poslovica kaže : "Od lošeg grožđa se ne pravi vino, a od dobrog grožđa može da se napraviti loše vino". Poznato je da su pojedina područja od uvek bila pogodna za gajenje vinove loze i proizvodnju vina od nje, jer su pored pogodnih prirodnih uslova postojali i umešni ljudi, vinari, da proizvedu dobro vino. Najvažniji prirodni faktori koji utiču na kvalitet i karakteristike vina su: pedološki sastav zemljišta, položaj vinograda (pozicija), sorta ili sorte vinove loze, klima, temperatura, insolacija (broj sunčanih sati u toku godine), padavine, vetrovi i sl. Kada je u pitanju ljudski faktor to su znanje i umeće da se proizvede dobro i kvalitetno grožđe, a potom i da se od njega napravi dobro vino. U prvom slučaju podrazumeva se rad u vinogradu a u drugom rad u vinskom podrumu. I jedan i drugi posao su podjednako važi. Da bi se potrošačima ponudilo vino dobrog kvaliteta sa zaista poznatog i priznatog geografskog područja potrebne su kontrole kako kvaliteta grožđa tako i kvaliteta samog vina.

Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine, uključujući trgovinu krivotvorenom robom (TRIPS sporazum)[5] u cilju obezbeđivanja pravnih sredstva za sprečavanje korišćenja bilo kog sredstva za označavanje ili prezentovanje robe koje ukazuje ili sugeriše da roba potiče iz geografskog regiona koji nije stvarno mesto porekla, na način koji obmanjuje javnost u odnosu na geografsko poreklo robe, kao i bilo kakvog korišćenja koje predstavlja delo nelojalne konkurencije u smislu člana 10bis Pariske konvencije (1967).

TRIPS sporazumom propisana je i dodatna zaštita za geografske oznake vina i alkoholnih pića: "Svaka članica dužna je da obezbediti pravna sredstva zainteresovanim stranama da spreče upotrebu geografske oznake koja označava da vino ili alkoholno piće potiče sa mesta naznačenog u predmetnoj geografskoj oznaci i ako ono ne potiče sa tog mesta, čak i kada se stvarno poreklo robe navede ili se koristi geografska oznaka u prevodu ili praćena izrazima kao što su: "vrsta", "tip", "stil", "imitacija" ili slično".[8]

Odbiće se ili poništiti (ex officio) registracija žiga za vina koji sadrži ili se sastoji od geografske oznake koja označava poreklo vina ili za alkoholna pića koja

[5] TRIPS sporazum čini Aneks 1C Sporazuma iz Marakeša kojim se ustanovljava Svetska trgovinska organizacija i koji obavezuje sve članice Svetske trgovinske organizacije (WTO).

sadrži ili se sastoji od geografske oznake koja označava poreklo alkoholnih pića, ako nacionalno zakonodavstvo to dopušta, ili na zahtev zainteresovane članice, u odnosu na takva vina ili alkoholna pića koja nemaju to poreklo.

Prema Zakonu o vinu, vino se razvrstava na tri kategorije na: 1. mirno vino *("In stricto sensu")*, 2. specijalno vino i 3. vino za destilaciju.

Lisabonski aranžman o zaštiti oznaka porekla i njihovom međunarodnom registrovanju ne razvrstava vino na ovakav način. U ovom sporazumu vino se tretira kao proizvod i kao takvo može da bude međunarodno zaštićeno.[6]

Mirno vino je vino koje se proizvodi enološkim postupcima tretiranja grožđa, kljuka i šire uobičajenom fermentacijom.

Specijalno vino je vino proizvedeno specijalnim enološkim postupcima čije karakteristike potiču ne samo od grožđa, već i od primene specijalnih enoloških postupaka proizvodnje.

Specijalna mogu biti: prirodno desertno vino, likersko vino, aromatizovano vino, penušavo vino, kvalitetno penušavo vino, aromatizovano kvalitetno penušavo vino, gazirano vino, polupenušavo vino, slabo gazirano vino i druga specijalna vina.[7]

Mirna vina (fra. vins tranquilles) se prema kvalitetu, načinu proizvodnje i vrsti vinogradarskog područjarazvrstavajuna:stona vina i vina sa geografskim poreklom.[8]

Vina sa geografskim poreklom prema kvalitetu, načinu proizvodnje i vrsti vinogradarskog područja mogu biti: regionalna vina i kvalitetna vina sa geografskim poreklom.

Stono vino - vino bez geografskog porekla (Table Wine, Vino da Tavola, Vin de table, Vin de Pays) ova oznaka u SAD se koristi kako bi se označio stil vina, da je u pitanju vino koje ne pripada desertnim ili penušavim vinima. U Evropi (kao i u R. Srbiji) ova se oznaka koristi za označavanje vina proizvedenog od grožđa jed-

[6] Tako se pored zaštićenih mirih vina (koja su i najbrojnija) nalaze i specijalna vina kao što su penušava vina iz Francuske: *champagne, grande fine champagne, grande champagne i fine champagne* i italije: *superiore di cartizze prosecco di conegliano-valdobiaddene, prosecco di conegliano-valdobbiadene, prosecco conegliano valdobbiadene - prosecco / conegliano - prosecco / valdobbiadene – prosecco* ili likerska vina *porto* ili *madeira* iz Portugala.

[7] Zakon o vinu, Službeni glasnik RS", br. 41/2009 i 93/2012.

[8] Lisabonskog sporazuma se ne pravi razlika u pogledu uslova za zaštitu između specijalnih i mirnih vina sa geografskom oznakom. Tako sa na spisku zaštićenih vina mogu naći penušavo vino Šampanjac, aromatizovano Bermet, likersko Porto ali isto tako i Tokajac, Bordo ili Božole.

ne ili više sorti vinove loze bez određenog geografskog porekla. Najveći deo proizvodnje vina (80%) proizvodi se od vinskih sorti, a značajno udeo čine sorte za konzum – stono grožđe.[9]

Vina sa geografskim poreklom – Italija i Francuska

Italija je sa godišnjom proizvodnjom od 50,9 miliona hektolitara (2016.), najveći proizvođač vina na svetu, a 38% italijanske proizvodnje vina obeležava se oznakama zaštićenog porekla (*Denominazione d'Origine Protetta* – DOP), a 30% saoznakama zaštićenog geografskog porekla (Indicazione Geografica Protetta – IGP). DOCG - Oznaka kontrolisanog i garantovanog porekla (Denominazione di Origine Controllata e Garantita) oznaka kvaliteta DOCG (Oznaka kontrolisanog i garantovanog kvaliteta) je oznaka koja se dodeljuje vinima DOC, i to onim vinima koja su priznata kao DOC tokom najmanje pet godina, koja imaju "poseban kvalitet" i poznata su u zemlji i inostranstvu. Ova vina podvrgavaju se najstrožim kontrolama, a moraju se prodavati u pakovanjima manjim od pet litara, i moraju da nose oznaku države u kojoj je izdata garancija porekla i kvaliteta, i imaju mogućnost numeracije boca. DOC - Oznaka kontrolisanog porekla (Denominazione di Origine Controllata) oznaka kvaliteta

Ovaj sistem sertifikovanja kvaliteta, nakon uvođenja evropskih oznaka DOP, IGP i STG 1992. godine, koristi se isključivo za identifikaciju kvaliteta vina. Oznaka DOC pripisuje se vinima iz određenih ograničenih područja, obično srednje veličine, sa naznakom njihovog geografskog imena. Po pravilu ime loze sledi oznaku DOC i sama proizvodnja je prilično stroga. Doc vina mogu da se komercijalizuju tek nakon opsežne hemijske i čulne analize. IGT - Oznaka tipičnog geografskog porekla (Indicazione Geografica Tipica) oznaka kvaliteta. I ova oznaka je od 1992. godine rezervisana za vina sa geografskim poreklom, a može da bude praćena i nekim dodatnim napomenama (na primer napomenama u vezai sa lozom). Uglavnom se odnosi na proizvode koji potiču iz neke velike oblasti, a pravila i uslovi proizvodnje su manje restriktivni u odnosu na proizvode sa drugim oznakama.[10]

[9] B. Vlahović, A. Puškarić, D. Užar, Savremeni trendovi na tržištu vina,Poljoprivredni fakultet, Novi Sad, 2017.

[10] Sertifikati kvaliteta PKS Milano, Privredna komora Srbije, 2014.

Prema kategorizaciji vina dve kategorije čine stona vina i dve kategorije predstavljaju kvalitetna vina:

Stona vina**:** Vino da Tavola – označava vina koja su poreklom iz Italije (vino nižeg kvaliteta ili ono vino koje ne prati trenutna vinska ograničenja). Indicazione geografica tipica (IGT) –oznaka je nastala 1992.godine za "nova " vina koja ne slede stroge, stare vinske zakone, ali poseduju kvalitet koji je viši od stonih vina.

Francuska je dugo godina bila najveći proizvođač vina na svetu. Danas se u Francuskoj proizvodi 16% svetskog vina, što je čini drugim proizvođačem vina na svetu. Fabrice Wenger iz Nacionalnog institute za poreklo i kvalitet Inao (l'institut national des appellations d'origine, Paris) navodi da u Francuskom u sektoru proizvodnje vina postoji 467 naziva porekla vina što čini 52% ukupne francuske proizvodje vina na 75.000 poseda i zaradom od 14 milijardi evra prema podacima iz 2004. godine.

Prema francuskom zakonu vina se dele u četiri kategorije, dve kategorije stonih vina :*Vin de Table*, koja imaju oznaku samo proizvođača i naznaku da potiču iz Francuske i *Vin de Pays* , koja imaju oznaku specifičnog regiona unutar Francuske i dve kategorije kvalitetnih vina: vina vrhunskog kvaliteta (*Vin Délimité de Qualité Supérieure-VDQS*)- kvalitetna vina sa geografskim poreklom, to su vina sa višim stepenom kvaliteta od stonih vina, ali i manje ograničenja odAOC vina,vina kontrolisanog porekla *Appellation d'Origine Contrôlée* (AOC)– vina koja imaju najviši stepen kvalitet i potiču iz određenih regiona sa mnogim ograničenjima, uključujući sorte i metode pravljenja vina u skladu sa predviđenim odredbama kontrole.[11]

Kvalitetna vina sa geografskim poreklom razvrstavaju se na: kvalitetna vina sa kontrolisanim geografskim poreklom i kvalitetom i vrhunska vina sa kontrolisanim i garantovanim geografskim poreklom i kvalitetom. Kvalitetna vina sa kontrolisanim geografskim poreklom i kvalitetom vino proizvede se od grožđa jedne sorte ili više sorti vinove loze, sa izraženim kvalitetnim karakteristikama za sortu ili sorte koje potiču iz jednog podrejona ili najviše dva susedna podrejona. Učešće grožđa deklarisane sorte mora da bude najmanje 85 odsto.

Vrhunsko vino sa kontrolisanim i garantovanim geografskim poreklom i kvalitetom mora da zadovolji sve kriterijume kao i kvalitetno vino sa geografskim poreklom, s tim što učešće deklarisane sorte mora da bude najmanje 95 odsto.

[11] B. Vlahović, A. Puškarić, D. Užar, Savremeni trendovi na tržištu vina,Poljoprivredni fakultet, Novi Sad, 2017.

Vina sa geografskim poreklom - Srbija

U Srbiji se vinogradarstvom bavi oko 80.000 domaćinstava, ima oko 230 vinarija i Srbija je od izvoza vina ostvarila 13, 43 miliona evra i na listi izvoznika zauzimala 43 mesto.

Nazivi oznaka geografskog porekla, postupak proizvodnje i obeležavanja mirnog vina, likerskog vina, penušavog vina, kvalitetnog penušavog vina, kvalitetnog aromatičnog penušavog vina, polupenušavog vina, slabo gaziranog vina, vina od prosušenog grožđa i vina od prezrelog grožđa sa oznakom geografskog porekla, sadržina zahteva, sadržina elaborata i ostali uslovi za priznavanje oznake geografskog porekla, propisani su Pravilnikom o uslovima za priznavanje, postupku priznavanja oznaka za mirna vina.

Pravilnikom se propisuje i način i postupak priznavanja, proizvodnje i obeležavanja vina sa oznakom kvalitetne kategorije i ostali uslovi za priznavanje tradicionalne oznake kvalitetne kategorije, kao iproizvodnja i obeležavanja vina sa dodatnom oznakom, sadržina zahteva, sadržina elaborata i ostali uslovi za priznavanje dodatne oznake; izrazi za priznate tradicionalne nazive, način i postupak priznavanja, proizvodnje i obeležavanja vina sa priznatim tradicionalnim nazivom, sadržina zahteva, sadržina elaborata i ostali uslovi za priznavanje priznatog tradicionalnog naziva. Za razliku od drugih vrsta proizvoda, vino prema Zakonu o vinu ne može da nosi oznaku Republike Srbije. Celokupno vinogradarsko geografsko proizvodno područje u Republici Srbiji naziva se Vinorodna Srbija. U Republici Srbiji nazivi za vina sa geografskim poreklom definisani su Zakonom o vinu ("Sl. glasnik RS", br. 41/2009 i 93/2012) na osnovu izvršene regionalizacije i rejonizacije vinogradarskih proizvodnih područja.

Nazivi geografskih oznaka za vina sa geografskim poreklom na području R. Srbije su: 1) Vinogradarski region Centralna Srbija / Centralna Srbija; 2) Vinogradarski region Vojvodina / Vojvodina; 3) Vinogradarski region Kosovo i Metohija / Kosovo i Metohija.

1. U okviru vinogradarskog regiona Centralna Srbija mogu da se koriste sledeći nazivi oznaka kontrolisanog geografskog porekla: Pocersko – valjevski rejon, Rejon Negotinska Krajina, Knjaževački rejon, Mlavski rejon, Toplički rejon, Niški rejon, Leskovački rejon, Vranjski rejon, Čačansko – kraljevački rejon, Rejon Tri Morave, Beogradski rejon, Šumadijski rejon.

2. U okviru vinogradarskog regiona Vojvodina mogu da se koriste sledeći nazivi oznaka kontrolisanog geografskog porekla: Sremski rejon, Subotički rejon, Rejon Telečka, Potiski rejon, Banatski rejon, Južnobanatski rejon, Bački rejon.

3. U okviru vinogradarskog regiona Kosovo i Metohija mogu da se koriste sledeći nazivi oznaka kontrolisanog geografskog porekla: Severnometohijski rejon, Južnometohijski rejon.

Postupak ustanovljavanja oznake geografskog porekla i priznavanja oznaka za vina sa geografskim poreklom, kao i postupak priznavanja oznaka za vina sa geografskim poreklom na osnovu ustanovljene oznake geografskog porekla pokreće se podnošenjem zahteva. Zahtev mora da sadrži: elaborat, dokumentaciju kojom se potvrđuju podaci iz elaborata, jedinstveni document, kao i uplatu administrativne takse.

Ustanovljavanje geografske oznake vrši se ako najmanje 85% grožđa namenjenog za proizvodnju svakog vina sa geografskim poreklom potiče iz vinogradarskog regiona čiji naziv se ustanovljava kao oznaka geografskog porekla.

Naziv ustanovljene oznake geografskog porekla i uz nju odobrena oznaka kvalitetne kategorije, kao i odobrene druge oznake za vina sa geografskim poreklom, specifikacija proizvoda i jedinstveni dokument za tu oznaku geografskog porekla stavljaju se na Listu oznaka za vina sa geografskim poreklom.

Nazivi dodatnih oznaka vina

Kod dodatnih naziva oznaka vina, imamo takođe primenjenu kategorizaciju. Tako se uz geografsku oznaku mogu predložiti "mlado" vino i "sopstvena proizvodnja".Uz oznaku kontrolisanog geografskog porekla i oznaku kvalitetne kategorije "Kontrolisano poreklo i kvalitet" ili "K.P.K." mogu se predložiti za upotrebu nazivi: "arhivsko" vino, "rezerva" ili "reserve", "apsolutna vinogradarska parcela" ili "apsolutna parcela", "vino od samotoka" ili "samotok", "kasna berba", "probirna berba", "selekcija" ili "selection", "odabrane bobice" ili "selekcija bobica", "suvarak" i "ledeno" vino.

Pravilnikom o uslovima za priznanje, postupku priznavanja oznaka za mirna vina, propisano je da se dodatne oznake mogu se koristiti ukoliko se ispune uslovi predviđeni za određenu dodatnu oznaku:

1) "mlado" vino – ako se vino nalazi u prometu do 31. marta u godini koja sledi odmah posle godine u kojoj je ubrano grožđe od kojeg je u celosti to vino proizvedeno;

2) "sopstvena proizvodnja" – ako je vino proizvedeno od grožđa koje potiče iz vinograda koji su u vlasništvu ili zakupu proizvođača;

3) "arhivsko" vino – ako je belo ili roze vino odležalo najmanje tri godine;

4) "rezerva" ili "reserve" – ako je crveno vino odležalo u drvenim sudovima najmanje 18 meseci;

5) "apsolutna vinogradarska parcela" ili "apsolutna parcela" – ako je vino proizvedeno od grožđa koje potiče sa parcele na kojoj postoje izuzetno povoljni zemljišni, klimatski i drugi uslovi, ekspozicija terena i svi drugi neophodni uslovi za uspešno gajenje vinove loze i proizvodnju kvalitetnog vina sa geografskim poreklom (što je potvrđeno odgovarajućom opštom metodom bodovanja i metodom bodovanja za odgovarajuće vinogradarsko područje) i na kojoj je u periodu od najmanje pet godina za prethodnih deset godina proizvedeno grožđe od koga je proizvedeno kvalitetno vino sa geografskim poreklom;

6) "elitna vinogradarska parcela" ili "elitna parcela" – ako je vino proizvedeno od grožđa koje potiče sa "apsolutne vinogradarske parcele" na kojoj postoje idealni zemljišni, klimatski i drugi uslovi, ekspozicija terena i svi drugi neophodni idealni faktori za uspešno gajenje vinove loze i proizvodnju kvalitetnog vina sa geografskim poreklom i na kojoj je u periodu od najmanje deset godina za prethodnih 15 godina proizvedeno grožđe od koga je proizvedeno vrhunsko vino sa kontrolisanim i garantovanim geografskim poreklom i kvalitetom;

7) "istorijska vinogradarska parcela" ili "istorijska parcela" – ako je vino proizvedeno od grožđa koje potiče sa parcele na kojoj postoje idealni zemljišni, klimatski i drugi uslovi, ekspozicija terena i svi drugi neophodni idealni faktori za uspešno gajenje vinove loze i proizvodnju kvalitetnog vina sa geografskim poreklom, na kojoj se tokom istorije proizvodilo grožđe i vino koje je imalo odgovarajući renome i kvalitet i o čemu postoje istorijski dokazi i na kojoj je u periodu od najmanje deset godina za prethodnih 15 godina proizvedeno grožđe od koga je proizvedeno vrhunsko vino sa kontrolisanim i garantovanim geografskim poreklom i kvalitetom;

8) "vino od samotoka" ili "samotok" – ako je vino proizvedeno od šire dobijene samo cеđenjem kljuka, bez bilo kakvog presovanja;

9) "kasna berba" – ako je vino dobijeno u godinama izuzetno povoljnim za gajenje vinove loze, od grožđa ubranog kasnije u odnosu na uobičajeno vreme berbe čime je povećan procenat šećera u grožđu, odnosno širi;

10) "probirna berba", "selekcija" ili "selection" – ako je vino dobijeno od odabranih najkvalitetnijih grozdova u vinogradu;

11) "odabrane bobice" ili "selekcija bobica" – ako je vino dobijeno od odabranih najkvalitetnijih bobica grozdova u vinogradu;

12) "suvarak" – ako je vino dobijeno u godinama izuzetno povoljnim za gajenje vinove loze od grožđa sa plemenitim plesnima čime je povećan procenat šećera u grožđu, odnosno širi;

13) "ledeno vino" – ako je vino dobijeno izdvajanjem soka grožđa od vode iz smrznutih bobica grožđa određenih sorti vinove loze.

Uz oznaku kontrolisanog geografskog porekla i oznaku kvalitetne kategorije "Kontrolisano i garantovano poreklo i kvalitet" ili "K.G.P.K.", pored dodatnih oznaka koje se mogu koristi uz vina sa kontrolisanim poreklom i kvalitetom, mogu se predložiti i nazivi: "elitna vinogradarska parcela" ili "elitna parcela" i "istorijska vinogradarska parcela" ili "istorijska parcela".

Vino sa geografskim poreklom se obeležavaju oznakama za vina sa geografskim poreklom samo ako je proizvedeno u skladu sa specifikacijom proizvoda za određenu oznaku geografskog porekla, uslova za korišćenje oznaka i stavljanje vina sa geografskim poreklom u promet za određenu proizvodnu godinu.

Vino sa geografskim poreklom obeležava se oznakom geografskog porekla i oznakom kvalitetne kategorije kojima mogu da se dodaju dodatne oznake i/ili izraz za priznati tradicionalni naziv. Priznati tradicionalni nazivi koji mogu da se predlože su: "rujno" vino, "pivnica" ili "pimnica", "poljana", "vinica", "šiler", "manastirsko" vino ili "manastir", "metoh", "svatovsko" vino ili "svatovac" i vino "iz starog vinograda" ili "stari vinograd".

Pravilnik propisuje i odgovarajuće uslove za upotrebu tradicionalnih naziva:

1) "rujno" vino – ako crveno, odnosno roze mirno vino ispunjava uslove za priznavanje oznake kontrolisanog geografskog porekla i proizvedeno je od više od 85% grožđa sorte Prokupac;

2) "pivnica" ili "pimnica" – ako je u okviru Rogljevačko – rajačkog vinogorja, u tradicionalnim objektima za proizvodnju vina (pivnicama odnosno pimni-

cama) , od sopstvenog grožđa proizvođača proizvedeno vino koje ispunjava uslove za priznavanje oznake kontrolisanog geografskog porekla;

3) "poljana" – ako je u okviru Župskog ili Trsteničkog vinogorja, u tradicionalnim objektima za proizvodnju vina (poljanama), od sopstvenog grožđa proizvođača proizvedeno vino koje ispunjava uslove za priznavanje oznake kontrolisanog geografskog porekla;

4) "vinica" – ako je u rejonu koji je u okviru regiona Kosovo i Metohija ili regiona Centralna Srbija u tradicionalnim objektima za proizvodnju vina (vinicama) od sopstvenog grožđa proizvođača proizvedeno vino koje ispunjava uslove za priznavanje oznake kontrolisanog geografskog porekla;

5) "šiler" – ako je crveno vino svetlije boje dobijeno posebnom metodom kratke maceracije i ispunjava uslove za priznavanje geografske oznake ili oznake kontrolisanog geografskog porekla;

6) "manastirsko" vino ili "manastir" – ako je u okviru manastira proizvedeno vino u tradicionalnim manastirskim objektima za proizvodnju vina koje ispunjava uslove za priznavanje geografske oznake ili oznake kontrolisanog geografskog porekla;

7) "metoh" – ako je u okviru metoha određenog manastira proizvedeno vino u tradicionalnim manastirskim objektima za proizvodnju vina koje ispunjava uslove za priznavanje geografske oznake ili oznake kontrolisanog geografskog porekla;

8) "svatovsko" vino ili "svatovac" – ako je u okviru Sremskog rejona u istoj godini kada je bila proizvodnja grožđa karbonskom maceracijom proizvedeno mirno vino od sorte Portugizer (Blauer Portugieser, Portugizac) koje ispunjava uslove za priznavanje oznake kontrolisanog geografskog porekla;

9) vino "iz starog vinograda" ili "stari vinograd" – ako je vino proizvedeno od grožđa iz vinograda koji su stariji od 40 godina i ispunjava uslove za priznavanje oznake kontrolisanog geografskog porekla.

Uz oznaku kontrolisanog geografskog porekla na vinu sa geografskim poreklom može da se doda naziv lokaliteta ili vinogradarske oaze.

Ako je vino sa geografskim poreklom obeleženo geografskom oznakom tada se ono obeležava oznakom kvalitetne kategorije "Geografska indikacija" ili "G. I. ".

Ako je vino sa geografskim poreklom obeleženo oznakom kontrolisanog geografskog porekla tada se ono obeležava jednom od oznaka kvalitetne kategorije: "Kontrolisano poreklo i kvalitet" ili "K. P. K. " odnosno "Kontrolisano i garantovano poreklo i kvalitet" ili "K. G. P. K. ".

ZAKLJUČAK

Područje Srbije na kome se gaji vinova loza naziva se vinorodna Srbija, podeljena je na tri vinogradarska regiona, 22 rejona, 77 vinogorja i jednog broja vinogradarskih oaza. Najšire područje proizvodnje grožđa od koga se pravi vino prema Zakonu o vinu ne može da bude Vinorodna Srbija. Tek od vinogradarskih regiona mogu se koristiti geografski nazivi, (počinju oznake geografskog porekla). Drugim rečima, vino sa oznakom Srbija nije oznaka geografskog porekla. Oznake geografskog porekla kod vina su pre šeme kvaliteta kao kod uredbe Komisije EU 1121 *(Commission Implementing Regulation No 1121/2011)* iz 2011. godine, nego prava industrijske svojine.

Nazivima regiona odnosno vinogradarskih rejona garantuju se porekla grožđa i mesta proizvodnje (indication of source), tek sa dodatnim oznakama i njihov kvalitet. Nazive određuje ministar nadležan za poslove poljoprivrede, a ne vinari. Ovi nazivi su već unapred definisani. Samo sa manjih površina kakvi su potesi unatar imenom određenog rejona, vinogorja ili oaze vinari mogu odrediti naziv. U okviru istog naziva moguće da postoji više naziva kako za bela tako i za crvena vina (više proizvoda ako se uzme da su različiti tipovi vina i različiti proizvodi kako je to regulisano Zakonom o oznakama geografskog porekla za druge vrste proizvoda) pa tako imamo geografski naziv "Toplica" za bela vina: šardone, sovinjon blan, pino gridjo, kupažu šardone-pino griđo, za roze vino – Prokupac roze, za crvena vina "Toplica" – Prokupac, "Toplica" – Merlo, "Toplica" – Pinot noir, napr"Toplica" – Cabernet sauvignon... što po pravilu nije moguće kod drugih proizvoda, jer se jednom oznakom štiti samo jedan proizvod.

Neminovno se postavlja pitanje šta sa vinima kao što su: Karlovački rizling, Banatski rizling, Jagodinska ružica - vinima koja su imala visoku reputaciju ali ne onaj kvalitet kakv propisuje sadašnji zakon? Proizvođači koji su stekli status ovlašćenog korisnika imena porekla, odnosno geografske oznake u skladu sa Zakonom o oznakama geografskog porekla ("Službeni list SCG", broj 20/06) za pomenuta vina zadržavaju ovaj status do isteka njegovog trajanja koje je upisano u Registar ovlašćenih korisnika imena porekla, odnosno Registar ovlašćenih kori-

snika geografskih oznaka koji se vodi kod Zavoda za intelektualnu svojinu. Kako je od donošenja Zakona o oznakama geografskog porekla prošlo više od osam godina, po kome zaštita vina sa geografskim poreklom više nije u nadležnosti Zavoda za intelektualnu svojinu već Ministarstva za poslove poljoprivrede, a status ovlašćenog korisnika imena porekla odnosno ovlašćenog korisnika geografske oznake traje tri godine, tako je status ovlašćenih korisnika za gore navedena vina odavno prestao.

Mislimo da u ovakvim slučajevima Ministarstvo poljoprivrede mora da vodi posebno računa i obrati pažnju nato da kroz nekakav vid zaštite, možda kroz propisivanja u novi zakon Instituta stečenih prava, omoguće da se ovakva vina i dalje nalaze na tržištu jerona i danas imajuveliku ciljnu grupu svojih konzumenata.

S obzirom na to da je priroda oznaka geografskog porekla kod vina pre sredstvo za isticanje i označavanje kavaliteta vina, a ne sredstvo za obeležavanje i razlikovanje proizvoda na tržištu, opravdano se postavlja pitanje šta je tu industrijska svojina. Mišljenja smo da je to komercijalni naziv za to vino, odnosno stručno nazvano žig. Tako na tržištu vina već imamo različite komercijalne nazive za vina. Na primer, imamo vino sorte šardone zaista neobičnog naziva, Babaroga, iz Čortanovaca sa područja Fruške Gore, ili vino Princ od auhtohtone sorte grožđa rskavac, mnogo poznatijeg pod nazivom prokupac koje potiče sa područja Župskog vinogorja. Ova vina se pamte pre po svom komercijalnom nazivu, nego po oznaci geografskog porekla. Danas se vina obeležavaju najraznovrsnijim znacima o kojima je napred bilo više reči a koje po pravilu malo poznaju prosečni potrošači, oni koji su i najčešće kupci vina.

Oznake kvalitetne kategorije G.I. - geografska indikacija; K.P.K. – kontrolisano poreklo i kvalitet i K.G.P.K – kontrolisano i garantovano poreklo i kvalitet malo, govore prosečnom potrošaču. Prosečni potrošač je pravni standard u žigovnom pravu kao što je dobar domaćin u građanskom pravu od kojeg se po pravilu polazi. Smatramo da bi bilo bolje ponovno vraćanje različitih boja etiketa za obeležavanje kvalitetnih i vrhunskih vina, nego koristiti ove oznake koje se u Zakonu o vinu nazivaju i tradicionalnim oznakama, za regionalno sa geografskim poreklom, kvalitetno vino sa kontrolisanim geografskim poreklom ili vrhunsko vino sakontrolisanim i garantovanim geografskim poreklom, koje taj prosečni potrošač u skraćnom obliku i ne razume.

Takođe bismo skrenuli pažnju i na evidencione markice za vina sa geografskim poreklom. Zelena markica i oznaka GI za vina od grožđa koje potiče iz jed-

nog od tri regiona koliko ih ima Vinorodna Srbija; Crvena markica za kvalitetna vina sa kontrolisanim geografskim poreklom i kvalitetom isključivo od grožđa iz jednog rejona ili vinogorja. Ljubičasta markica za vrhunska vina iz jednog rejona ili vinogorja. Ove Markice podećaju na akcizne markice kojim se dodatno oporezuju pojedina alkoholna pića pa se ima utisak da se radi o još jednoj vrsti nameta, a ne jednoj vrsti garancije kvaliteta iz kojeg stoji država Srbija.

Naš stav je da takve markice treba zameniti nekim drugim sredstvom koje ne podseća na akcizne markice koje izdaje ministarstvo finansija.

MARIO LUKINOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, Union University
ZORAN DRAGOJEVIĆ,
Head of the Design Group and Geographical Indications
of the Intellectual Property Office of Serbia

WINE WITH PROTECTED GEOGRAPHICAL INDICATION AND GEOGRAPHICAL INDICATION

Summary

In our professional literature, almost without exception when it comes to geographical indications of origin, the role and position of geographical indications of origin for wines is not analyzed. Wine with geographical origin and geographical indication of origin are analyzed and presented in parallel in the article. An overview of current legislative solutions as well as a historical presentation of geographical indications of origin and wine with geographical origin is given, along with an argumentative critique of existing legal solutions and proposals for their better legislative solution.

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

Sud u koneksitetu pravde

GORDANA STANKOVIĆ

PRIZNANJE TUŽBENOG ZAHTEVA

1. Priznanje tužbenog zahteva je jednostrana dispozitivna parnična radnja tuženog kojom on, u celosti ili delimično, priznaje osnovanost tužbenog zahteva. Priznanjem tužbenog zahteva tuženi priznaje materijalnopravnu osnovanost tužbenog traženja bez obzira na to da li iz činjenica kojima je tužilac obrazložio svoj zahtev za presudu prema pravilima materijalnog prava proizlazi zaključak o njegovoj osnovanosti. Izjavom o priznanju tužbenog zahteva tuženi izjavljuje da pristaje da sud donese presudu čije je donošenje predložio tužilac bez obzira na vrstu pravne zaštite koju je on zahtevao.

2. Kad tuženi prizna tužbeni zahtev, sud više ne utvrđuje činjenice, ne proverava tačnost činjeničnih navoda, niti istražuje koje pravno pravilo treba primeniti. Priznanjem tužbenog zahteva tuženi je preduzeo dispozitivnu parničnu radnju kojom je stvorio posebnu procesnu situaciju u kojoj više nema spora među parničarima, te nema potrebe za raspravljanjem i izviđanjem i sud samo treba da donese presudu na osnovu priznanja.[1]

3. Po svojoj pravnoj prirodi priznanje tužbenog zahteva je jednostrana dispozitivna parnična radnja tuženog koja, ukoliko je dopuštena, automatski proizvodi dejstvo u parnici. Da bi nastupilo dejstvo ove parnične radnje koja

Dr Gordana Stanković, redovni profesor, Univerzitet u Nišu.

[1] Odredba člana 348. ZPP (2011).

je upućena sudu nije potrebno da se o njoj izjašnjava tužilac. Dejsto ove parnične radnje kojom tuženi raspolaže zahtevom za presudu sastoji se u tome što više nema spora koji je bio povod parnici. Sud prestaje sa izviđanjem i postupak prelazi u fazu odlučivanja i sud donosi presudu na osnovu priznanja ukoliko su ispunjeni uslovi za njeno donošenje. Dispozitiv ove presude istovetan je sa tužbenim zahtevom koji je tužilac istakao a tuženi priznao.

4. Postupak u kome sud donosi presudu na osnovu priznanja, pošto je data izjava o priznanju tužbenog zahteva, prestaje da bude kontradiktoran i postaje sumaran jer sud u nastavku postupka samo ispituje da li je dopuštena izjava o priznanju tužbenog zahteva. Iz tog razloga, postupak u kome se donosi presuda na osnovu priznanja je i efikasan i ekonomičan postupak pošto se u postupku u kome je duženi dao izjavu o priznanju ne izviđa pravna stvar, stranke ne raspravljaju i ne izvode se dokazi o spornim pravno relevantnim činjenicama. Zbog toga je i obrazloženje presude specifično jer ona spada u kategoriju tzv. dispozitivnih i procesnih presuda. I sam postupak po žalbi je sumaran s obzirom na ograničenje u pogledu razloga zbog kojih se ova presuda može pobijati.

5. Priznanje tužbenog zahteva se razlikuje od priznanja činjenica[2] jer se radi se o dve različite parnične radnje.[3]

Priznanje činjeničnog navoda je stranačka izjava o znanju,[4] dok je priznanje tužbenog zahteva jednostrana dispozitivna parnična radnja. Priznanjem činjenica prestaje potreba za dokazivanjem jer je konkretna činjenica nesporna među parničarima i automatski može da uđe u podlogu za odlučivanje. Priznanjem tužbenog zahteva tuženi je izjavio da je saglasan da sud presudom usvoji tužiočev tužbeni zahtev čije usvajanje tužilac zahteva i na taj način svojom procesnom izjavom eliminiše spor koji je bio povod konkretnoj parnici, bez obzira da li je u dotadašnjem toku postupka eventualno osporavao da postoje činjenice koje čine činjenični osnov tužbe ili da iz činjeničnog supstrata na kome je bio zasnovan tužiočev tužbeni zahtev proizlazi pravna posledica čije je izricanje u presudi tužilac zahtevao tužbom. Mogućno je da je tuženi prethodno izjavljivao, u odgovoru

[2] Detaljno o tome: B. Đuričin – Priznanje činjenica u parnici, *Parnični postupak, Knjiga o građanskosudskompostupku,* I tom, Pravni život, Savez udruženja pravnika SR Srbije, Beograd, 1989, str. 143.

[3] S obzirom na to da je izjava o priznanju tužbenog zahteva dispozitivna parnična radnja jasno je da se ona razlikuje od priznanja duga kao materijalnopravne izjave volje.

[4] Videti: G. Stanković – *Građansko procesno pravo,* prva sveska, *Parnično procesnopravo,* Beograd, 2013, str. 264.

na tužbu ili u toku postupka, da smatra da tužiočev tužbeni zahtev nije osnovan ali da je kasnije izjavio da priznaje tužiočev tužbeni zahtev tako da je u toj situaciji sud dužan da donese presudu na osnovu priznanja jer je za donošenje ove presude bitna izjava tuženog a ne okolnost da je tužilac osnovano zatražio pravnu zaštitu. Izuzetno, izjava o priznanju tužbenog zahteva ne bi mogla da proizvede dejstvo ukoliko bi presuda na osnovu priznanja bila u suprotnosti sa kogentnim normama, javnim poretkom, pravilima morala ili dobrih običaja.

Tuženi koji priznaje samo tačnost činjeničnih navoda tužioca automatski ne priznaje tužbeni zahtev jer on može da tvrdi da iz konkretnih činjenica, bez obzira što su tačne, ne proizlazi pravna posledica na koju tužilac u tužbi pretenduje.

6. ZPP (2011) ne predviđa izričito u kojoj formi ova radnja treba da bude preduzeta. Kad zakonom nije izričito predviđe oblik u kome treba preduzeti određenu parničnu radnju, tuženi može da dâ izjavu o priznanju tužbenog zahteva u pismenoj ili usmenoj formi.

Izjavu o priznanju tužbenog zahteva tuženi, pre svega, može da dâ u odgovoru na tužbu. Odredbom člana 298. ZPP (2011) izričito je predviđeno da je tuženi dužan da se u odgovoru na tužbu izjasni da li priznaje ili osporava istaknuti tužbeni zahtev. Ukoliko takvu izjavu tuženi nije dao u obaveznom odgovoru na tužbu, on to može da učini i u nekom kasnijem pripremnom podnesku koji je dužan da blagovremeno podnese sudu najkasnije petnaest dana pre održavanja zakazanog ročišta.[5]

Ukoliko je izjava o priznanju tužbenog zahteva data u odgovoru na tužbu, postupak će odmah postati sumaran jer će sud, pošto ispita dopuštenost priznanja i ukoliko nema procesnih smetnji doneti presudu na osnovu priznanja.

Izjavu o priznanju tužbenog zahteva tuženi može da dâ i na ročištu u usmenoj formi, u svom stranačkom govoru. Prema dikciji odredbe člana 348. stav 1. ZPP (2011) on izjavu ove sadržine može da dâ do zaključenja usmene glavne rasprave. To bi značilo da izjava o priznanju tužbenog zahteva može da se da: na pripremnom ročištu, na ročištu za glavnu raspravu, na raspravi u ponovljenom postupku pošto je pravna stvar vraćena na ponovno suđenje, na ročištu po predlogu za ponavljanje postupka, kao i na ročištu za izvođenje dokaza pred zamoljenim sudom ukoliko tuženi prisustvuje tom ročištu.

S obzirom na to da se u toku drugostepenog postupka može da održava obavezna ili fakultativna drugostepena usmena rasprava,[6] postavlja se pitanje da

[5] Odredba člana 98. stav 5. ZPP (2001).

[6] Odredba člana 383. ZPP (2011).

li tuženi u instancionom postupku može da dâ izjavu o priznanju tužbenog zahteva iako je odredbom člana 348. stav 1. ZPP (2011) predviđeno da se na osnovu izjave o priznanju date do zaključenja glavne rasprave po službenoj dužnosti donosi presuda na osnovu priznanja.

U praksi pojedinih jugoslovenskih sudova u vreme važenja ZPP (1976) smatralo se da nije dozvoljeno priznanje tužbenog zahteva u toku žalbenog postupka. Međutim, pojedini pravni pisci smatrali su, motivisani razlozima celishodnosti, da nema smetnje da se ova parnična radnja preduzme i u toku žalbenog postupka i to ne samo u toku usmene rasprave[7] pred instancionim sudom, [8] već i u odgovoru tuženog na žalbu koju je izjavio tužilac.

U savremenoj domaćoj procesnoj literaturi[9] smatra se da izjava o priznanju može isključivo da bude data u toku prvostepenog postupka, do zaključenja glavne rasprave jer je odredbom člana 383. ZPP (2011) predviđeno da se drugostepena usmena rasprava ne održava ako je prvostepeni postupak okončan donošenjem presude na osnovu priznanja.[10] S obzirom na to da je predviđeno da se izjava o priznanju tužbenog zahteva može dati do zaključenja glavne rasprave to bi značilo da ova izjava ne može da bude data ni u odgovoru tuženog na žalbu tužioca.[11]

7. Predmet izjave o priznanju predstavlja zahtev za predusu kooji je tučilac formulisao u tužbi. Predmet priznanja može da bude tužbeni zahtev koji je istaknut u kondemnatornoj, deklarativnoj ili konstitutivnoj tužbi. Da bi izjava o

---

[7] Videti: J. Juhart – *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961, str. 429; S. Tiva – V. Belajec – M. Dika – *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 494.

[8] U pojedinim regionalnim pravnim sistemima, kao što je to npr. slučaj u parničnom procesnom pravu Republike Hrvatske, posle novela Zakona o parničnom postupku iz 2003. izjava o priznanju tužbenog zahtev ne može više da bude data na raspravi pred drugostepenim sudom. O tome: S. Tiva – M. Dika - *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 598.

[9] Videti: R. Keča – *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 291; B. Poznić – V. Rakić – Vodinelić – *Građansko procesno pravo,* Beograd, 2015, str. 443; A. Jakšić - *Građansko procesno pravo,* Beograd, 2012, str. 504.

[10] "Zakonski uslovi da sud donese presudu na osnovu priznanja ispunjeni su ukoliko tuženi do zaključenja glavne rasprave prizna tužbeni zahtev." Presuda Višeg suda u Požarevcu Gž 288/2013(2012), od 9. aprila 2013.

[11] Po prirodi stvari tuženi ne bi mogao da dâ izjavu o priznanju u žalbi na presudu. Ovakvo zakonsko rešenje kritikuje se u procesnoj literaturi kao necelishodno jer se smatra da bi se priznanjem tužbenog zahteva u žalbi drugostepeni sud rasteretio nepotrebnog meritornog odlučivanja povodom izjavljene žalbe iako za to nema posebnog razloga.

priznanju tužbenog zahteva proizvrla dejstvo tužbeni zahtev koji priznaje tuženi mora da bude određen, jasan i opredeljen.[12]

8. Izjavom o priznanju može se priznati zahtev za presudu koji je formulisan i u drugim parničnim radnjama u kojima je sadržan zahtev za presudu koji može da bude predmet priznanja, a ne samo tužbeni zahtev. Predmet proznanja može da bude i protivtužbeni zahtev s obzirom na to da je protivtužba po svojoj pravnoj prirodi samostalna tužba koju provobitni tuženi podiže protiv prvobitnog tužioca.[13]

Izjava o priznanju može da se odnosi i na druge parnične radnje koje sadrže zahtev za presudu iako on nije formulisan u vidu tužbenog odnosno protivtužbenog zahteva kada se radi o parničnim radnjama koje sadrže nove zahteve za presudu koji su istaknuti u toku parnice. [14] To znači da tužilac može da prizna zahtev za presudu koji je istaknut u prigovoru radi prebijanja,[15] dok tuženi može da prizna zahtev za presudu koji je istaknut u zahtevu za utvrđenje koji je tužilac istakao u toku parnice.[16]

9. U domaćem pravu je sporno da li tuženi može da prizna osnov tužbenog zahteva kada su sporni osnov tužbenog zahteva i visina tužbenog zahteva, a u pogledu osnova pravna stvar ispunjava uslove za donošenje odluke kad sud može, iz razloga celishodnosti, da donese međupresudu kojom će odlučiti o postojanju osnova tužbenog zahteva.

U sudskoj praksi se smatra da izjava tuženog da priznaje pravni osnov tužioćevog tužbenog zahteva,[17] ne znači da je on dao izjavu o priznanju tužbenog zahteva.[18] Ovakav stav prakse se, po pravilu, odnosi na situacije u kojima sud treba da odlučuje presudom a ne međupresudom.

Ukoliko je, međutim, sud razdvojio postupak da bi međupresudom odlučio o postojanju osnova tužbenog zahteva, a zastao sa izviđanjem o iznosu tužbenog

[12] "Priznanje tužbenog zahteva koji nije opredeljen u potrebnoj meri ne proizvodi dejstvo." Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. Br. 961/00 od 11. oktobra 2000.

[13] Odredba člana 198. ZPP (2011).

[14] Detaljno o tome: G. Stanković – *Građansko procesno pravo,* prva sveska, *Parnično procesnopravo,* Beograd, 2013, str. 59.

[15] Idem, str. 394.

[16] Odredba člana 195. ZPP (2011).

[17] Npr. priznao je da je prouzrokovao štetu tužiocu, ali da ne snosi odgovornost za nju ili da ne priznaje visinu potraživanja.

[18] Videti presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1797/02 od 9. maja 2002. godine.

zahteva, u postupku se odlučuje o elementu tužbenog zahteva iz razloga celishodnosti. U postupku koji se vodi da bi se međupresudom odlučilo o osnovu tužbenog zahteva na kome se zasniva tužbeni zahtev, tuženi može naknadno da prizna da postoji pravni osnov i u toj situaciji bilo bi mogućno da se donese međupresuda na osnovu priznanja jer je priznanje usledilo u toku prvostepenog postupka do zaključenja glavne rasprave. Razlozi celishodnosti opravdavaju mogućnost da se donese međupresuda na osnovu priznanja jer ona daje odgovor na jedno materijalnopravno, a ne procesnopravno pitanje[19] pošto se njome ne odlučuje o tužbenom zahtevu već o tome da li je osnovan tužbeni zahtev to jest da li tužiocu pripada neko pravo.[20] Osim toga, izjava o priznanju koju je preduzeo tuženi predstavlja izjavu volje da se donese odluka o osnovanosti osnova tužbenog zahteva bez daljeg raspravljanja te se na taj način skraćuje trajanje postupka i stvaraju uslovi za suđenje u razumnom roku.

U austrijskoj procesnoj teoriji odavno se smatralo[21] da tuženi u postupku po međupresudi može da prizna da tužbeni zahtev po svom osnovu pravno postoji i da može da se donese međupresuda na osnovu priznanja.

Zakon o parničnom postupku Republike Slovenije iz 1999, koji noveliran 2008.[22] i noveliranoj odredbi člana 315. predvideo je međupresudu na osnovu sporazuma stranaka. Ovakvo zakonsko rešenje bilo je posledica činjenice da u zakonu nije bilo jasno predviđeno rešenje za situaciju kad stranka prizna osnov tužbenog zahteva a ospori njegovu visinu. U tom slučaju sud može, prema noveliranoj odredbi člana 315. ZPP Republike Slovenije da donese međupresudu na osnovu sporazuma stranaka a ne međupresudu na osnovu priznanja jer osnov tužbenog zahteva među strankama više nije sporan, tako da se u procesnoj luteraturi smatra da novo procesno pravilo predviđa znatno šire rešenje.[23]

---

[19] Videti: B. Poznić – Međupresuda, *Parnični postupak, Knjiga o građanskosudskompostupku,* I tom, Pravni život, Savez udruženja pravnika SR Srbije, Beograd, 1989, str. 181.

[20] "Međupresudom se odlučuje o peavnom osnovu a ne o osnovanosti tužbenog zahteva", Viši sud u Pančevu, gž. 648/11 od 28. juna 2011, *Zbirka sentenci iz građanskog prava i građanskog procesnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 328.

[21] Videti: G. Najman – *Komentar građanskog parničnog postupka*, (prevod S. Gregović), druga knjiga, Beograd, 1936, str.1073.

[22] Zakon o pravdnem postopku z novelo ZPP- D, Uvodna pojasnila dr Vesna Rijavec – dr Lojze Ude, Ljubljana 2008.

[23] V. Rijavec – L.Ude – Zakon o pravdnem postopku z novelo ZPP- D, Uvodna pojasnila , Ljubljana 2008., str. 66.

10. Tuženi može da prizna tužbeni zahtev u celini, jedan od više istaknutih zahteva ili deo tužbenog zahteva. Kad tuženi prizna jedan od više kumuliranih tužbenih zahteva ili deo tužbenog zahteva stvoreni su uslovi za donošenje delimične presude na osnovu priznanja[24] jer su izjavom o priznanju stvoreni uslovi da bude doneta konačna odluka o priznatim zahtevima ili delu zahteva.

11. Postavlja se pitanje da li se priznanje tužbenog zahteva odnosi i na situaciju kad je u tužbi istaknut sporedni zahtev. Isticanje sporednog zahteva uz tužbeni zahtev[25] ne predstavlja kumulaciju tužbenih zahteva po samom zakonu jer ne čine glavni zahtev.[26] Iz tog razloga izjava o priznanju tužbenog zahteva ne odnosi se i na sporedna potraživanja iako su ona obuhvaćena tužbom.[27]

Međutim, kad tužilac u tužbi zahteva i sporedna traženja i kada se izjava o priznanju tužbenog zahteva i na njih izričito odnosi jer se pored priznanja glavnog zahteva priznaje i sporedni zahtev, onda postoji mogućnost da se donese presuda na osnovu priznanja.

12. S obzirom na to da je zahtev za naknadu parničnih troškova samostalan pravozaštitni zahtev jer se odnosi na posebno građansko subjektivno pravo o kome se odlučuje rešenjem,[28] izjava o priznanju tužbenog zahteva ne odnosi se na zahtev za naknadu parničnih troškova. Ukoliko sud na osnovu izjave o priznanju tužbenog zahteva donese presudu na osnovu priznanja o troškovima će odlučiti rešenjem.

Ako je tuženi priznao tužbeni zahtev u odgovoru na tužbu ili na pripremnom ročištu, a ako se pripremno ročište ne održava onda na glavnoj raspravi pre no što se upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, tužilac će biti dužan da naknadi tuženom parnične troškove.[29]

Tuženi koji daje izjavu o priznanju tužbenog zahteva, može da prizna odvojeno i zahtev za naknadu parničnih troškova koji je istakao tužilac ukoliko su oni opredeljeni i poznati u trenutku kad tuženi daje izjavu o priznanju tužbenog zahteva. Osim toga, potrebno je i da je tuženi, koji priznaje ovaj pravozaštitni zahtev, odgovoran za nastanak parničnih troškova jer je dao povod za parnicu u kojoj su

[24] Odredba člana 346. ZPP (2011).

[25] Npr. zahtev za isplatu kamate ili ugovorne kazne.

[26] Odredba člana 28. ZPP (2011).

[27] Npr. zahtev za plaćanje kamate.

[28] G. Stanković – *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str.63.

[29] Odredba člana 156. ZPP (2011).

oni nastali. U tom slučaju sud će doneti rešenje o naknadi troškova postupka na osnovu priznanja.

13. Izjava o priznanju tužbenog zahteva je stranačka parnična radnja tuženog koja može da izazove dejstvo u parnici samo ako je dopuštena i ukoliko je preduzeta do određenog trenutka u razvoju postupka.

Pre svega, izjavu o priznanju tužbenog zahteva može dâ sam tuženi. Kad su tuženici jedinstveni suparničari,[30] oni mogu samo zajednički da preduzmu ovu parničnu radnju jer se radi o dispozitivnoj parničnoj radnji.[31] Ukoliko bi izjavu o priznanju tužbenog zahteva dao jedan od jedinstvenih suparničara ona ne bi mogla da proizvode dejstvo jer nepovoljne parnične radnje oni mogu da preduzimaju samo zajednički. Obični siparničari, po prirodi stvari, mogu da daju izjavu o priznanju tužbenog zahteva i ona izaziva desjtvo samo u odnosu na njega.[32]

Umešač na strani tuženog, iako ima procesni položaj stranke, ne može da preduzme ovu parničnu radnju s obzirom na to da je ona po svojoj pravnoj prirodi dispozitivna parnična radnja, a da umešač može da preduzima samo one parnične radnje koje su korisne i u interesu stranke kojoj se pridružio. Isto tako, on ne može da se protivi izjavi o priznanju tužbenog zahteva.[33]

Izjavu o priznanju tužbenog zahteva može da dâ i zastupnik. Kad tužbeni zahtev priznaje zakonski zastupnik, potrebno je da ima posebno ovlašćenje, a punomoćnik ne-advokat treba da bude izričito ovlašćen na preduzimanje ove parnične radnje.[34] Izjavu o priznanju tužbenog zahteva može da dâ i stečajni upravnik, kao zakonski zastupnik privrednog subjekta koji je u stečaju iako je

[30] " Ukoliko samo drugotuženi prizna tužbeni zahtev, ne može se doneti presuda na osnovu priznanja", Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. Br. 6/97 od 13. januara 1997. godine.

[31] "Ako se tuženi u parnici pojavljuju kao jedinstveni suparničari oni se smatraju kao jedna parnična stranka, pa se shodno tome, presuda na osnovu priznanja može doneti samo ako su svi suparničari priznali tužbeni zahtev", Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gzz. br. 178/79.

[32] Presudu na osnovu prizanja prema jednom od običnih suparničara ostali suparničari ne bi mogli da pobijaju žalbom jer za to nemaju pravni interes s obzirom na to da je svaki od običnih suparničara samostalna stranka.

[33] " Sud će usvojiti zahtev presudom na osnovu priznanja tuženog, uprkos protivljenju umešača", Presuda Okružnog suda u Zrenjaninu, Gž br. 1451/96 od 20. maja 1998. godine.

[34] "Ne postoje uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja ako je priznanje učinio punomoćnik tuženog koji nije advokat, a koji nije imao izričito ovlašćenje tuženog da može priznati tužbeni zahtev." Rešenje Saveznog suda, Gzs. br. 26/94 od 28. decembra 1994. godine.

prethodno u stečajnom postupku potraživanje poverioca osporeno upućivanjem na parnicu.[35]

Kad je izjava o priznanju data podneskom, potrebno je da je nesumnjivo utvrđeno da ona potiče od stranke ili od njenog ovlašćenog zastupnika.

14. Izjava o priznanju tužbenog zahteva mora da bude izričita, jasna i precizna jer predstavlja materijalnopravni uslov za donošenje presude na osnovu priznanja.

Ukoliko bi izjava tuženog bila uopštena tako što je izjavio da priznaje prošla, sadašnja i buduća potraživanja koja tužilac ima ili ih bude imao prema njemu, takva izjava ne bi mogla da se protumači kao izjava o priznanju tužbenog zahteva i ne bi mogla da predstavljala korektan osnov za donošenje presude na osnovu priznanja.[36] Slična situacija bi mogla da postoji i ukoliko bi tuženi izjavio da priznaje da je dužan ali da pristaje da tužiocu dug otplati na rate[37] ili bez kamate jer nije izričito priznao osnovanost tužbenog zahteva koji je formulisan u tužbi. [38] Izjava o priznanju tužbenog zahteva ne bi postojala ni u situaciji ukoliko bi tuženi izjavio da postoji tužiočevo potraživanje ali da se ono ugasilo kompenzacijom ili da i on ima kompenzabilno protivpotraživanje prema tužiocu. U toj situaciji tuženi se od tužbe brani na materijalnopravnom terenu isticanjem materijalnopravnih prigovora.[39]

Prilikom davanja izjave o priznanju tužbenog zahteva nije neophodno da tuženi prilikom njenog formulisanja upotrebi zakonski termin. Ukoliko izjavi da tužilac ima pravo na ono što traži tužbom, može se zaključiti da je dao izjavu o priznanju tužbenog zahteva. Ukoliko je na primer pre podizanja tužbe tužilac poslao tuženom opomenu da dug plati u kojoj je bila navedena visina novčane naknade na ime naknade štete koja se potom tužbom traži i tuženi na ročištu izjavi da pristaje da plati štetu koju tužilac traži, smatra se da je dao izjavu o priznanju tužbenog zahteva.[40]

---

[35] Videti odluku Saveznog suda, Gzs. br. 23/98 od 24. septembra 1998, navedenu kod: A. Radovanov – *Parnični postupak*, Beograd, 2006.

[36] Videti odluku Vrhovnog suda Srbije, Gzz. br. 49/82.

[37] Videti rešenje Okružnog suda u Čačku, Gž. br. 122/05 od 25. januara 2005.

[38] "Izjava o priznanju činjenice da postoji tužiočevo potraživanje, uz izjavu o materijalnoj nemogućnosti za vraćanje duga, nije osnov za donošenje presude na osnovu priznanja." Odluka Okružnog suda u Požarevcu, Gž. br. 1202/90 od 7. avgusta 1990.

[39] O sredstvima odbrane od tužbe detaljno: G. Stanković, *op. cit.* str. 381 – 385.

[40] Videti presudu Okružnog suda u Čačku, Gž. br. 1166/2002 od 29. novembra 2002, navedena kod: S. Svorcan – *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Kragujevac, 2012, str. 752.

U sudskoj praksi se smatra da izjava tuženog da ne osporava tužbeni zahtev ne znači njegovo priznanje pa se ne može doneti presuda na osnovu priznanja.[41]

15. Priznanje tužbenog zahteva ne može biti ni uslovljeno ni oročeno. Izjava o priznanju mora da bude bezuslovna.[42] Ne bi bilo dopušteno da se izjava o priznanju da pod uslovom da tužilac ne zahteva naknadu parničnih troškova. I pored toga što izjava o priznanju tužbenog zahteva ne može biti uslovljena, u ranijoj sudskoj praksi se smatralo da ona može da proizvede dejstvo ukoliko je data pod uslovom da bude usvojen zahtev protivtužbe.

Za nastupanje dejstva izjave o priznanju nije od značaja da li je istaknuti tužbeni zahtev bio materijalnopravno osnovan. Bitno je da je tužbeni zahtev bio jasan i opredeljen[43] u potrebnoj meri.[44]

Ukoliko je data izjava o priznanju tužbenog zahteva, a tužilac povuče tužbu pre no što sud donose presudu na osnovu priznanja, izjava ne proizvodi dejstvo ukoliko se tuženi saglasi sa povlačenjem tužbe pošto je tužilac odustao od pružanja pravne zaštite. Međutim, ako se tuženi ne saglasi sa povlačenjem tužbe i potom opozove izjavu o priznanju tužbenog zahteva, onda neće biti ispunjeni uslovi da se postupak okonča donošenjem presude na osnovu priznanja.

16. Priznanje tužbenog zahteva može da se odnosi samo na tužbeni zahtev u parnici u kojoj postoji sloboda raspolaganja predmetom parnice. Data izjava o priznanju tužbenog zahteva neće moći da proizvede dejstvo ako sud sazna i utvrdi da se radi o zahtevu kojim stranke ne mogu raspolagati u smislu odredbe člana 3. ZPP (2011).[45] Sud neće dozvoliti raspolaganje tuženog ako je ono u suprotnosti sa imperativnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala ili dobrim običajima.

---

[41] Videti rešenje Privrednog apelacionog suda Pž 2097/2014, od 20. marta 2014, *Zbirka sentenci iz građanskog prava i građanskog procesnog prava,* Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 332.

[42] "Izričito i bezuslovno priznanje tužbenog zahteva je preduslov za donošenje presude na osnovu priznanja." Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 8849/10 od 27. januara 2011.

[43] Problem opredeljenosti u praksi može da se javi kad je u tužbi istaknuto više zahteva ili kad je zahtev deljiv. U tom slučaju izjava o priznanju može da se odnosi na jedan od kumuliranih zahteva ili se može odnositi na njegov određeni deo.

[44] Videti rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 961/00 od 11. oktobra 2000.

[45] "Kod nedozvoljenog raspolaganja zahtevom ne može se na osnovu priznanja izdejstvovati presuda na osnovu priznanja, pa u tom slučaju sud odbija predlog za donošenje presude na osnovu priznanja i donosi presudu kojom se tužbeni zahtev odbija." Rešenje Okružnog suda u Subotici, Gž. Br. 739/95 od 11. septembra 1995.

Priznanje tužbenog zahteva kao dispozitivna parnična radnja zakonom je isključeno u određenim parnicama u kojima se odlučuje primenom imperativnih propisa, kao što je to slučaj sa parnicama iz porodičnih odnosa. U bračnim, paternitetskim[46] i maternitetskim parnicama, kao i u parnicama za zaštitu deteta ili njegovo izdržavanje, stranke ne mogu raspolagati predmetom parnice, te tuženi ne može dati izjavu o priznanju tužbenog zahteva.

Međutim, u parnicama koje se tiču radnih odnosa nema zakonskih smetnji da se na osnovu izjave o priznanju tužbenog zahteva donese presuda na osnovu priznanja.[47] Isto tako, nema smetnje da se na osnovu priznanja tužbenog zahteva donese rešenje na osnovu priznanja u parnici zbog smetanja državine.[48]

17. Ukoliko je potrebno da sud sprovede izviđaje da bi proverio da li su ispunjeni uslovi za dopuštenost izjave o priznanju tužbenog zahteva i da li postoje uslovi da se donese presuda na osnovu priznanja («da se pribave obaveštenja»), sud može da donese rešenje kojim će da odloži donošenje presude dok se prethodno ne pribave neophodne informacije. U ovoj situaciji u pendentni postupak se interpolira incidentni postupak u kome sud po službenoj dužnosti utvrđuje činjenice i izvodi dokaze koji se odnose na ispunjenost uslova za odlučivanje. Jedan od načina za pribavljanje «obaveštenja» moglo bi da bude i informativno saslušanje tužioca bez obzira što on nema uticaj na dejstvo izjave o priznanju tužbenog zahteva. U postupku provere dopuštenosti izjave o priznanju učestvuju parničari i sud je dužan da im pruži mogućnost da raspravljaju o činjenicama koje je utvrdio izvođenjem dokaza i da se o njima izjašnjavaju.

Rešenje kojim se odlaže donošenje presude na osnovu priznanja dok se ne pribave potrebna obaveštenja predstavlja rešenje o upravljanju parnicom.

S obzirom na to da je sud dužan da po službenoj dužnosti proveri da li su ispunjeni uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja i da li se radi o zahtevima sa kojima stranke mogu raspolagati, on može ne samo da odloži donošenje presude na osnovu priznanja već i da obavesti Državnog pravobranioca ili Vojnog pravobranioca, odnosno ovlašćenog zastupnika autonomne pokrajine i jedinice

[46] Izjava o priznanju očinstva nema karakter izjave o priznanju tužbenog zahteva.

[47] Videti Presudu Apelacionog suda u Kragujevcu Gž 372/2013, od 19. marta 2013.

[48] "Da bi izjava o priznanju tužbenog zahteva bila pogodna za donošenje rešenja na osnovu priznanja, izjava mora biti decidirano navedena na zapisniku, mora biti jasna i određeno izražena u odnosu na tužbeni zahtev koji je predmet parnice, a ako se radi o sporu zbog smetanja državine, izjava tuženog treba da sadrži priznanje čina smetanja na način koji je tužilac isti opisao, kao i prihvaranje obaveze na uspostavljanje pređašnjeg stanja i obaveze na uzdržavanje od takvog ili sličnog smetanja." Rešenje Okružnog suda u Šapcu, Gž. Br. 1340/2000 od 1. avgusta 2000.

lokalne samouprave ako bi se presudom na osnovu priznanja moglo da utiče na imovinska prava i obaveze Republike Srbije, odnosno autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave.[49] U vreme važenja jugoslovenskog ZPP (1976) u sudskoj praksi se smatralo da treba obavestiti i javnog tužioca radi njegovog eventualnog učešća u parnici.[50]

18. Da bi nastupilo dejstvo dopuštene izjave o priznanju tužbenog zahteva nije potrebno da je izjava data u prisustvu tužioca, da je on za nju znao, niti se on o njoj izjašnjava ili saglašava. Kad su ispunjeni uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja kojom se usvaja tužbeni zahtev pošto je data izjava o priznanju tužbenog zahteva tužilac više nema pravni interes da se nastavi postupak izviđanja i raspravljanja jer mu je pružena tražena pravna zaštita. S druge strane, izjava o priznanju je parnična radnja, a adresat svih parničnih radnji je sud koji po službenoj dužnosti, ukoliko je ona dopuštena, donosi presudu na osnovu priznanja.

Ako nisu ispunjeni uslovi koji pretstavljaju procesne pretpostavke za punovažnost i dopuštenost izjave o priznanju tužbenog zahteva sud neće doneti presudu na osnovu priznanja,[51] a ako postoji sumnja u pogledu dopuštenosti ove dispozitivne parnične radnje sud će odložiti njeno donošenje. Ukoliko sud odbije da donese presudu na osnovu priznanja jer je zaključio da nisu ispunjeni uslovi za njeno donošenje, on će rešenjem odbiti da je donese i protiv te odluke bila bi dozvoljena žalba.

19. S obzirom na činjenicu da tuženi koji priznaje tužiočev tužbeni zahtev u izjavi o priznanju ne upotrebljava zakonski termin, događa se da sud ne protumači pravilno njegovu izjavu ili da je previdi. U tom slučaju tužilac ima pravo da predloži da sud donese presudu na osnovu priznanja bez obzira na to što je sud po službenoj dužnosti dužan da je donese.

Ako je sud posle izjave tuženog o priznanju tužbenog zahteva doneo presudu kojom je usvojen tužiočev tužbeni zahtev ali u pismenu nije označio da je doneo presudu na osnovu priznanja, smatra se da se radi o ovoj vrsti presude.[52]

---

[49] Videti odredbu člana 221. stav 3. ZPP (2011).

[50] Videti odluku Vrhovnog suda Vojvodine, Gzz. 18/85, navedeno kod: A. Radovanov, *op. cit.* str. 312.

[51] U toj situaciji sud donosi rešenje kojim konstatuje da nisu ispunjeni uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja. Protiv tog rešenja nije dopuštena posebna žalba.

[52] U tom smislu i: rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 88/08 od 31. januara 2008, navedeno prema: S. Svorcan, *op. cit.* str. 752.

20. Ukoliko sud propusti da na predlog tužioca donese presudu na osnovu priznanja pošto je tuženi dao izjavu da priznaje tužbeni zahtev, tužilac može da izjavi žalbu na rešenje kojim je odbijen predlog za donošenje ove presude. Odredbe ZPP (2011), kao i prethodni procesni zakoni, [53] ne sadrži izričito odredbu po kojoj je dozvoljena žalba na rešenje o odbijanju predloga za donošenje presude na osnovu priznanja jer se ova presuda donosi po službenoj dužnosti te nije potreban predlog stranke. U domaćoj procesnoj literaturi smatralo se, pozivanjem na izričitu zakonsku odredbu, da je žalba protiv rešenja prvostepenog suda uvek dozvoljena ako zakonom nije drukčije propisano, kao i da žalbu na rešenje o odbijanju da se donese presuda na osnovu priznanja, pored tužioca, ima i tuženi.[54] Pravni interes tuženog za izjavljivanje žalbe na ovo rešenje bio bi u tome što bi, ukoliko se postupak nastavi i okonča kondemnatornom presudom kojom je usvojen tužbeni zahtev za njega nastala dužnost da naknadi uvećane troškove postupka.

21. U sudskoj praksi nisu retki slučajevi da se institut priznanja tužbenog zahteva zloupotrebljava i zbog toga je sud dužan da proveri da li izjava o priznanju tužbenog zahteva koja ispunjava uslove za dopuštenost predstavlja abuzivnu radnju. U tom slučaju radi se o izjavi o priznanju koja nije u skladu sa imperativnim normama koje predviđaju dužnost stranke da savesno koristi i da ne zloupotrebljava svoja procesna ovlašćenja.

U praksi jugoslovenskih sudova dolazilo je do zloupotrebe izjave o priznanju tužbenog zahteva u parnicama o prividnim sporovima. To su najčešće bile tzv. katastarske parnice, kako su se one nazivale u sudskom žargonu, koje su se vodile da bi sudska odluka zamenila overeni ugovor o kupoprodaji nepokretnosti jer on nije bio zaključen u pismenoj formi radi upisa prava svojine u javne knjige. Stranke su fingirale da je usmeni ugovor zaključen pre stupanja na snagu zakonske odredbe koja je predviđala obaveznu pismenu formu ugovora. U toj situaciji kupac je podizao tužbu protiv tuženog prodavca koji je u parnici priznavao tužbeni zahtev kojim je utvrđivano pravo svojine tužioca i na taj način presuda na osnovu priznanja omogućavala je da se izvrši upis prava svojine. S obzirom na to da je u to vreme prema tada važećim propisima na ovaj način izbegavano i plaćanje finasijskih obaveza koje nastaju povodom prometa nepokretnosti, u sudskoj praksi se, da bi se sprečile zloupotrebe, sreću i odluke da je sud odlučivao da ne

[53] Videti: B. Poznić – *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. Godine sa docnijim izmenama i dpunama,* Beograd, 2009, str. 771.

[54] *Ibidem.*

donese presudu da osnovu priznanja u parnici povodom spora o prometu nepokretnosti ako ugovor nije zaključen u propisanoj formi.[55]

U periodu kad je u zemlji bila intenzivna inflacija zbog koje je dolazilo do rapidnog gubitka vrednosti novca u parnicama koje su bile pokrenute kondemnatornom tužbom u kojoj je tužbeni zahtev glasio na isplatu određenog novčanog iznosa dolazilo je do masovnog priznavanja tužbenog zahteva odmah po prijemu tužbe da bi se po presudi na osnovu priznanja isplatio dug koji je obezvređen inflacijom. U toj situaciji jugoslovenski sudovi su stali na stanovište da priznanje tužbenog zahteva, kad se prema pravilima materijalnog prava visina novčanog iznosa određuje prema cenama u vreme donošenja odluke, može da predstavlja raspolaganje koje nije u skladu sa pravilima morala. Sudovi su zauzeli stav[56] da u takvom slučaju, pre no što se donese presuda na osnovu priznanja, tužiocu treba pružiti mogućnost da se upozna sa izjavom o priznanju tužbenog zahteva, da se izjasni i da mu se pruži prilika da preinači tužbu jer je njegovo potraživanje bilo obezvređeno inflacijom.[57]

U praksi domaćih sudova bilo je slučajeva da je izjava o priznanju tužbenog zahteva bila rezultat pritiska radi postizanja određenih političkih ciljeva suprotno zakonskim propisima i pravilima morala. U sudskoj praksi je bilo dosta slučajeva kad je izjava o priznanju tužbenog zahteva bila rezultat pritiska radi iseljavanja nealbanskog stanovništva sa Kosova i Metohije u cilju etničkog čišćenja teritorije ove pokrajine. S obzirom na to da je izjava o priznanju dispozitivna parnična radnja koja se sastoji u izjavi volje, eventualne mane volje su razlog da sud ne dozvoli

[55] "Sud neće pružiti sudsku zaštitu pravnom poslu koji ima za cilj izigravanje zakona jer je takav posao prema pravnim pravilima obligacionog prava apsolutno ništav. Zato ako okolnosti upućuju na to da bi mogao biti u pitanju pravni posao kojim su se hteli izigrati pozitivni propisi (na primer u prometu nektetnina gde su zakonska ograničenja stroga), sud neće doneti presudu na osnovu priznanja u takvom sporu, odnosno odložiće donošenje te presude da bi pribavio obaveštenje o okolnostima koje bi pravni posao čija se zaštita traži činile ništavim", odluka Saveznog suda, Gzs. Br. 75/77 od 26. januara 1978, navedeno kod A.Radovanov. *op. cit,* str. 327.

[56] Videti: Zaključak Savetovanja građanskih i građanskoprivrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih sudova i Vrhovnog vojnog suda, od 26. maja 1989, naveden kod: A. Radovanov, *op. cit*, str. 312.

[57] "Priznanje inflacijom obezvređenog tužbenog zahteva, bez mogućnosti tužioca da ga vrednosno obnovi, ne može dovesti do donošenja presude na osnovu priznanja. Kad su ispunjeni uslovi, presuda na osnovu priznanja učinjenog podneskom može se doneti van ročišta ako je podnesak dostavljen tužiocu sa dovoljno vremena da reaguje na eventualnu promenu vrednosti zahteva." Odluka Vrhovnog szda Srbije, Rev. br. 505/93.

donošenje presude na osnovu priznanja iako su ispunjeni formalni uslovi za njeno donošenje.[58]

U sudskoj praksi se često događa da tuženi u tužbi i tokom rasprave u parnicama za naknadu štete osporava osnov i visinu iznosa naknade koja se na ime materijalne ili nematerijalne štete traži. Pošto sud odredi veštačenje i iz nalaza i mišljenja veštaka proizađe da su štetne posledice znatno veće, događa se da tuženi čim primi nalaz i mišljenje veštaka odmah prizna tužbeni zahtev da bi predupredio tužioca da preinači tužbu i da zahteva veći iznos naknade štete od prvobitno zahtevanog. U toj situaciji vršenje prava na priznanje tužbenog zahteva nesumnjivo predstavlja abuzivnu parničnu radnju i nedopuštenu dispozitivnu parničnu radnju suprotnu odredbi člana 3. ZPP (2011). Okolnost da je tuženi tokom rasprave osporavao i osnov i visinu štete, a da je tek pošto se upoznao s nalazom i mišljenjem veštaka dao izjavu o priznanju tužbenog zahteva, dovoljan je razlog za sud da odbije nedopuštenu parničnu radnju čiji je cilj bio da spreči tužioca da preinači tužbu. Razlog za ovakvo postupanje suda proizlazi iz prava stranke na pravičan postupak i prava na pravično suđenje.

22. Tuženi je ovlašćen da opozove datu izjavu o priznanju tužbenog zahteva sve do donošenja presude na osnovu priznanja, lično ili preko zastupnika. Ukoliko je izjavu o opozivanju priznanja dao jedan od jedinstvenih suparničara, izjava izaziva dejstvo u odnosu na sve suparničare. Po prirodi stvari, umešač ne bi imao ovlašćenje da opozive izjavu tuženog.

23. Izjava o opozivanju priznanja tužbenog zahteva je nova dispozitivna parnična radnja tuženog. Za njeno dejstvo nije potreban pristanak tužioca s obzirom na to da je ona jednostrana dispozitivna parnična radnja. Dejstvo ove radnje je u tome što izaziva otpadanje jednog od uslova za donošenje presude na osnovu priznanja i zato sud nastavlja s izviđanjem da bi mogao da reši spor presudom po kontradiktornim zahtevima stranaka kao da nije bilo izjave o priznanju tužbenog zahteva.

[58] "Kad je predmet spora raspolaganje nepokretnostima sud neće doneti presudu na osnovu priznanja i kad su ispunjeni potrebni uslovi, ako okolnosti slučaja ukazuju da je ugovor o prodaji nepokretnosti zaključen pod pritiskom radi iseljvanja nealbanskog stanovništva sa Kosova. U tom slučajau odložiće se donošenje presude na osnovu priznanja i sud će po službenoj dužnosti utvrditi pod kojim okolnostima je ugovor zaključen." Odluka Saveznog suda, Gzs. 95/88 od 22. juna 1989. Navedeno kod: A. Radovanov, *op. cit.* str. 333.

24. Opozivanje izjave o priznanju neće uvek biti mogućno. Ukoliko je izjava data na ročištu i sud konstatuje da su ispunjeni uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja i ovu presudu donese i zaključi raspravu, neće biti mogućnosti da se izjava opozove. U tom slučaju priznanje se ne može opozvati u žalbi jer je presuda već donesena. Umesto toga, presuda se može pobijati žalbom. Ukoliko je međutim, izjava data podneskom, kad je bilo odloženo donošenje presude ili u situaciji kad je bilo odloženo donošenje presude na osnovu priznanja da bi se pribavila neophodna obaveštenja, ima mesta opozivu izjave o priznanju do donošenja presude.

Da bi nastupilo dejstvo izjave o opozivanju izjave o priznanju tužbenog zahteva nije potrebno da se sa njom saglasi tužilac. Kad je dato priznanje opozvano, postupak se nastavlja tako što sud izviđa i stranke raspravljaju pred sudom.

25. Presuda na osnovu priznanja može se pobijati žalbom samo zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka[59] i zbog toga što je izjava o priznanju data u zabludi ili pod uticajem prinude ili prevare.[60] S obzirom na to da prilikom donošenja presude na osnovu priznanja sud nije proveravao da li je priznanje bilo činjenično i pravno osnovano, niti je prilikom odlučivanja primenio pravila materijalnog prava[61] na kojima se zasnivao tužbeni zahtev, presuda se ne može pobijati zbog njene materijalne ili materijalnopravne nekorektnosti.

Ukoliko se presuda na osnovu prinanja pobija jer je izjava o priznanju data u zabludi, pod pretnjom ili prinudom tuženi uz žalbu mora da pruži odgovarajuće dokaze.[62] S obzirom na to da tuženi kao žalilac iznosi nove činjenice i nudi nove dokaze, potrebno je da u žalbi navede činjenice i da predloži dokaze iz kojih instancioni sud može da izvede zaključak da nema njegove krivice zbog toga što u prvostepenom postupku nije ukazao na zabludu, pretnju ili prinudu.

---

[59] "Kada izjava o priznanju tužbenog zahteva nije bezuslovna nisu ispunjeni uslovi za donošenje presude na osnovu priznanja. Kada prvostepeni sud u tom slučaju tužbeni zahtev usvoji presudom na osnovu priznanja time čini bitnu povredu odredaba parničnog postupka." Rešenje Okružnog suda u Zreljaninu, Gž. 1703/99 od 2. februara 2000. navedeno prema: S. Svorcan, *op. cit.,* str. 749.

[60] Odredba člana 373. stav 3. ZPP (2011).

[61] "Presuda na osnovu priznanja se ne može pobijati zbog pogrešne primene materijalnog prava." Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 1798/02 od 1. jula 2002.

[62] Videti presudu Okružnog suda u Čačku, Gž. 1088/2002 od 12. novembra 2002, navedenu kod: S. Svorcan, *op. cit.,* str. 752.

GORDANASTANKOVIĆ, Ph.D.,
Full Professor, University of Niš

RECOGNITION OF A LITIGATION CLAIM

Summary

The author in the paper analyzes the statement on recognition of a litigation claim by which the defendant provides conditions for bringing a verdict on the basis of a confession. Recognition of a litigation claim, as one-sided dispositive litigation act of the defendant by which they, as a whole or partially, admits the material-legal justification of the litigation claim regardless the fact whether the claim has been justified according to the rules of the material law. In order for this statement to become active, the acceptance of the prosecutor is not necessary; it is necessary that certain conditions are fulfilled and that the court assesses that it is allowed – that it is not in opposition to the imperative rules, public order, moral rules and good customs.

In the court practice there are cases of abuse of this process phenomenon that the author points to in the paper.

ARSEN JANEVSKI

PREKID POSTUPKA ZA RASPRAVLJANJE ZAOSTAŠTINE POVERENOG JAVNOM BELEŽNIKU

U V O D

Postupak za raspravljanje zaostavštine u Republici Makedoniji od 2008. vode javni beležnici[1] kao poverenici suda.[2] Ovlašćenja javnih beležnika u postupku za raspravljanje zaostavštine predviđena su Zakonom o vanparničnom postupku.[3] Predmet analize u ovom radu su odredbe ZVP kojima je uređeno pitanje prekida postupka za raspravljanje zaostavštine poverenog javnom beležniku i upućivanje učesnika da pokrenu parnični ili upravni postupak, vraćanje spisa

Dr Arsen Janevski, profesor u trajnom zvanju, Pravni Fakultet "Justinijan Prvi"- Skopje, Republika Makedonija.

[1] Javno beležništvo u Republici Makedoniji je uvedeno je 1996, Zakonom o obavljanju notarskih poslova (Zakon za vršenje na notarskite raboti "*Služben vesnik na Republika Makedonija*", br.59/96, 25/98, 6/2002 i 66/ 2006). U daljem tekstu ZVNP. 2007. je donet Zakon o notarijatu (Zakon za notarijatot "*Služben vesnik na Republika Makedonija*", br. 55/2007, 86/2008, 139/2009 i 139/2009). U daljem tekstu ZN. U maju 2016. je donet treći po redu Zakon o notarijatu (Zakon za notarijatot "*Služben vesnik na Republika Makedonija*", br. 72/20016 i 142/2016). U daljem tekstu ZJB.

[2] O javnom beležniku kao povereniku suda vidi: A. Janevski, T.Zoroska-Kamilovska, Građansko procesno pravo, kniga vtora, Vonparnično pravo, Skoppje, str.116-121.

[3] Zakon za vonparničnata postapka ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*", br. 9/2008). U daljem tekstu ZVP.

sudu na postupanje u tačno određenim slučajevima predviđenim u ZVP i u Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima,[4] kao i vraćanje spisa sudu po pravnosnažnosti rešenja kada je postupak završen ili kada je protiv rešenja izjavljen prigovor. U radu je analizirano i pitanje, da li javni beležnik ima ista ovalašćenja kao i sud koji mu je poverio postupak ukoliko među naslednicima nastane spor o činjenicama ili o primeni prava od kojih zavisi ostvarivanje prava na nasleđe.

Centralno pitanje u ovom radu je analiza odredbi ZVP kojima je predviđeno kada sud, odnosno javni beležnik treba da prekine postupak i da učesnike uputi da pokrenu parnični, odnosno upravni postupak ukoliko među učesnicima nastane spor o činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo. Analizirane su i odredbe zakona po kojima je sud odnosno javni beležnik dužan da prekine postupak i da učesnike uputi da pokrenu parnični ili upravni postupak ako među naslednicima nastane spor o činjenicama ili o primeni prava. U radu je, pored analize zakonskih rešenja, dat i kritički osvrt kojim se problematiziraju određena zakonska rešenja.

1. *Prekid postupka za raspravljanje zaostavštine i upućivanje učesnika da pokrene parnicu ili upravni postupak.* – Po pravilu, postupak za raspravljanje zaostavštine je nesporni postupak. Međutim, u toku postupka za raspravljanje zaostavštine, među učesnicima može da nastane spor o određenim činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo. Spor može da nastane i oko primene prava, kao i o pravu na legat ili o drugom pravu iz zaostavštine. U zavisnosti od toga na šta se odnosi spor, ostavinski sud, odnosno javni beležnik različito će postupati.

Ako među učesnicima nastane spor o određenim činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo, sud će prekinuti postupak za raspravljanje zaostavštine i učesnike uputiti da pokrenu parnični ili upravni postupak (čl. 173. st. 1. ZVP). Kad među učesnicima nastane spor o primeni prava, pravna pitanja raspraviće ostavinski sud (čl. 173. st. 3. ZVP). Ukoliko među učesnicima nastane spor o pravu na legat ili o drugom pravu iz zaostavštine, sud će ih uputiti da pokrenu parnični ili upravni postupak, ali neće prekinuti postupak za raspravljanje zaostavštine (čl. 174 ZVP). Da li će učesnik biti upućen da pokrene parnični ili upravni postupak, zavisi od prirode spornog pitanja – da li je u pitanju spor o kome odlučuje sud u parničnom postupku ili je u pitanju spor upravnopravne prirode.

Spor o činjenicama postoji kada učesnici iznose kontradiktorna tvrđenja o postojanju ili nepostojanju određene činjenice koja utiče na pravo jednog ili dru-

[4] Zakon za sopstvenost i drugi stvarni prava ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*", br. 18/2001, 92/2008,139/2009 i 35/2010). U daljem tekstu ZSDSP.

gog učesnika tako što jedan učesnik tvrdi da neka činjenica postoji, a drugi osporava njeno postojanje. Tako, npr. jedan učesnik tvrdi da je ostavilac ostavio testament, a drugi tvrdi da nije, ili jedan učesnik tvrdi da je testament uništen, a drugi da nije postojao. Pošto su u pitanju sporne činjenice za čije je utvrđenje, prema zakonu, nadležan da odlučuje parnični sud, ostavinski sud nije nadležan da odlučuje o zahtevima za utvrđenje tih činjenica.

Ako su sporne činjenice od značaja za rešavanje naslednopravnih pitanja, onda je ostavinski sud dužan da donese rešenje kojim prekida postupak za raspravljanje zaostavštine i da uputi učesnike da pokrenu parnični postupak i reše sporno pitanje. U suštini u pitanju je prethodno (prejudicielno) pitanje.

Prema mešovitom sistemu rešavanja prethodnih pitanja koji je prihvaćen u našem zakonodavstvu, ako rešenje suda u vanparničnom postupku zavisi od prethodnog pitanja da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju odluku nije doneo nadležni sud ili od drugi nadležni organ, sud može da u vanparničnom postupku sam reši to pitanje, ako ZVP ili drugim zakonom nije drugačije određeno (čl. 26. st. 1. ZVP). Rešavanje prethodnog pitanja od strane vanparničnog suda je fakultativno. Vanparnični sud može odlučiti da sam reši prethodno pitanje, a može isto tako da odluči da prekine vanparnični postupak do onog trenutka dok nadležni organ pravnosnažno ne reši prethodno pitanje kao glavno pitanje. Ako vanparnični sud odluči da sam reši prethodno pitanje, rešenje suda o prethodnom pitanju ima pravno dejstvo samo u vanparničnom postupku u kome je rešeno to prethodno pitanje (čl. 26. st. 2. ZVP). Ako o prethodnom pitanju, kao glavnom pitanju, već postoji pravnosnažna odluka, ona obavezuje vanparnični sud i on o konkretnom prethodnom pitanju ne može sam rešavati. Ovlašćenje vanparničnog suda da rešava prethodno pitanje važi samo ako ZVP ili drugim zakonom nije drugačije određeno. Kad u određenim vanparničnim postupcima sud nije ovlašćen da sam reši prethodno pitanje, on je dužan da uputi učesnika (predlagača) da pokrene parnični postupak u određenom roku. U nekim vanparničnim postupcima sud je dužan da sam reši prethodno pitanje (obavezno rešavanje prethodnog pitanja). Takav je slučaj kad u toku postupka za raspravljanje zaostavštine među učesnicima nastane spor o primeni prava i kad pravna pitanja rešava ostavinski sud (čl. 173. st. 3. ZVP).

Ako su među učesnicima u vanparničnom postupku sporne činjenice od kojih zavisi postojanje nekog prava ili pravnog odnosa, vanparnični sud nije ovla-

šćen da sam utvrdi te sporne činjenice i da sam reši to prethodno pitanje. U ovom slučaju sud je dužan da donese rešenje kojim će uputiti učesnike da u određenom roku, ne dužem od 30. dana od dana dostavljanja rešenja, pokrenu parnični, odnosno upravni postupak za utvrđenje tog prava ili pravnog odnosa (čl. 27. st. 1. ZVP).[5]

Prema odredbi čl. 173. st. 1. ZVP, sud prekida postupak za raspravljanje zaostavštine i učesnike upućuje da pokrenu parnični, odnosno upravni postupak, ako među učesnicima nastane spor o činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo, ali nije navedeno da li tako može da postupi i javni beležnik kao poverenik suda. Postavlja se pitanje da li javni beležnik može da donese rešenje o prekidu postupka ili je za donošenje takvog rešenja nadležan samo sud, odnosno da li je, kad je nastao spor o činjenicama od kojih zavisi nasledno pravo učesnika, javni beležnik dužan da vrati spise sudu.

Prema odredbama čl. 126. st. 3, čl. 132. st. 1. i čl. 136. st. 1. ZVP, nesporno je da je javni beležnik ovlašćen da donese rešenje o prekidu postupka kad on postupa kao poverenik suda kome je povereno sprovođenje postupaka za raspravljanje zaostavštine. Kad javni beležnik preduzima procesne radnje u poverenom ostavinskom postupku ovlašćen je da preduzme sve procesne radnje i da donosi sve odluke, izuzev onih za koje je zakonom propisano da su u nadležnosti suda (čl. 126. st. 3. ZVP). Javni beležnici u povernom postupku preduzimaju radnje i donose odluke u postupku za raspravljanje zaostavštine u skladu sa zakonom (čl. 132. st. 1. ZVP). Ako zakonom drugačije nije određeno, za postupanje javnog beležnika kao poverenika suda važe propisi kao i za sudove (čl.136. st. 1. ZVP). U slučajevima predviđenim u čl. 160, 161, 162. i čl. 134. ZVP javni beležnik je dužan da vrati spise sudu na dalje postupanje.

Imajući u vidu da javni beležnik postupa po istim pravilima po kojima postupa i sud, nesporan je zaključak da je on ovlašćen da donese rešenje o prekidu postupka za raspravljanje zaostavštine i da uputi učesnike da pokrenu parnični ili upravni postupak povodom nastalog spora o činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo.[6]

---

[5] O rešavanju prethodnih pitanja u vanparničnom postupku vidi: A. Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, cit. delo, str. 56-59.

[6] U uporednom pravu ovakvo rešenje je predviđeno u čl. 30 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije. Zakon o vanparničnom postupku ("*Službeni glasnik Republike Srbije*", br. 25/82; 48/88; 46/05;18/05; 85/12; 45/13; 55/14; i 6/15.) Vidi: G. Stanković, M.Trgovčević-Prokić, Komentar Zakona o vanparničnom postupku, sa odbranom sudskom praksom i primerima podnesaka, rešenja javnobeležničkih isprava, JP Službeni glasnik, 2015, str. 513. Za razliku od rešenja

2. *Spor o činjenicama.* – U toku postupka za raspravljanje zaostavštine među učesnicima može nastati spor o činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo. Sporne mogu naročito biti: 1) činjenice od kojih zavisi pravo na nasleđe, punovažnost ili sadržina testamenta ili odnos naslednika i ostavioca na osnovu koga se po zakonu nasleđuje; 2) činjenice od kojih zavisi osnovanost zahteva nadživelog supružnika i ostaviočevih potomaka koji su živeli sa ostaviocem u trajnoj zajednici da im se iz zaostavštine izdvoje predmeti domaćinstva koji služe za zadovaljavanje svakodnevnih potreba; 3) činjenice od kojih zavisi veličina naslednog dela, a naročito uračunavanje u nasledni deo; 4) činjenice od kojih zavisi osnovanost isključenja nužnih naslednika ili osnovanost razloga za nedostojnost i 5) činjenice o tome da li se neko lice odreklo od nasleđa. Zakonodavac nije u čl. 173. stav 2. tačka 1-5 ZVP taksativno nabrojao sporne činjenice što znači da u toku postupka za raspravljanje zaostavštine među učesnicima može da dođe do spora i u pogledu drugih činjenica od kojih zavisi neko njihovo pravo.

Ukoliko ne postoji spor o činjenicama, već se učesnici spore o primeni prava, pravna pitanja rešava ostavinski sud, odnosno javni beležnik u postupku za raspravljanje zaostavštine. U tom slučaju sud, odnosno javni beležnik ne prekida postupak za raspravljanje zaostavštine.

3. *Sporne činjenice od kojih zavisi pravo na nasleđe, punovažnost ili sadržina testamenta ili odnos naslednika i ostavioca na osnovu koga se po zakonu nasleđuje (čl. 173. st. 2. tačka 1. ZVP)* – Sporne činjenice koje predstavljaju razlog za prekid postupka i upućivanje učesnika na parnični ili upravni postupak su, pre svega, one činjenice od kojih zavisi pravo na nasleđe. One postoje ako se učesnici spore u pogledu osnova za pozivanje na nasleđe. Postoje dva osnova za pozivanje na nasleđe: nasleđivanje na osnovu testamenta i nasleđivanje na osnovu zakona. Ako ostavilac nije ostavio testament, nasleđuje se na osnovu zakona. Kad je ostavilac ostavio testament, a testamentom nije obuhvatio svu zaostavštinu ili kada je nekom od naslednika povredio nužni deo, dolazi do zakonskog nasleđivanja u pogledu dela zaostavštine koja nije obuhvaćena testamentom i za povređeni nužni deo. Osnov za pozivanje na nasleđe biće zakon i kada je posto-

koje je prihvaćeno u našem zakonodavstvu, prema Zakonu o nasleđivanju Republike Hrvatske, javni beležnik ne može da donese rešenje o prekidu postupka, odnosno kada se pojave sporna pravna pitanja i sporne činjenice od kojih zavisi pravo nasleđivanja (testament, legat ili drugo pravo, sastav zaostavštine) javni beležnik ne donosi rešenje o prekidu postupka, već predmet sa svim spisima vraća prvostepenom sudu koji je rešenjem poverio javnom beležniku da postupa. Vidi: čl. 244. Zakona o nasleđivanju "*Narodne novine*", br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13 I 33/15.

jao testament koji je proglašen ništavim ili kada su testamentalni naslednici nedostojni za nasleđivanje.

Ako je ostavilac ostavio testament, kao sporna činjenica može se javiti da li je testament punovažan. Punovažnost testamenta zavisi od više činjenica: sporna može biti sposobnost testatora, njegova sposobnost za rasuđivanje, forma testamenta, volja testatora, da li je testament sastavljen pod prinudom, pretnjom ili u zabludi. Ako neko od naslednika osporava punovažnost testamenta iz navedenih činjenica, sud, odnosno javni beležnik doneće rešenje kojim se prekida postupak za raspravljanje zaostavštine i uputiće učesnika čije pravo smatra manje verovatnim da pokrene parnični, odnosno upravni postupak.[7]

Ako među naslednicima dođe do spora oko toga da li je ostavilac stavio svoj potpis na testamentu, to nije spor o činjenicama već spor o primeni prava. U tom slučaju ne dolazi do prekida postupka i ostavinski sud, odnosno javni beležnik rešavaće ovaj spor koji se tiče primene prava. Međutim, ako je sporno da li je ostavilac svojeručni testament potpisao pod prinudom, tada će sud, odnosno javni beležnik, prekinuti postupak i uputiti zakonskog naslednika koji se poziva na ništavost da pokrene parnični postupak, jer postoji spor o činjenicama.[8]

Spor može da nastane i o činjenici da li je uopšte sastavljen testament, da li on je nestao, pod kojim okolnostima je nestao, da li je izgubljen, sakrijen ili zaturen. Isto tako, spor može da se pojavi i o sadržini testamenta. U ovim slučajevima ostavinski sud, odnosno javni beležnik uputiće učesnike da pokrenu parnični postupak.

Spor može nastati kada se nasleđuje na osnovu zakona da li je neko lice bračni ili vanbračni srodnik ostavioca ukoliko se vanbračni srodnik, koji je dete ostavioca, javlja kao zakonski naslednik. Ostavinski sud, odnosno javni beležnik uputiće lice koje tvrdi da je vanbračno dete ostavioca da u parničnom postupku to dokaže. U ovom slučaju vanbračno dete ostavioca podneće tužbu za utvrđivanje vanbračnog očinstva protiv naslednika jer za ovu tužbu ono ima, pored statusnog, i naslednopravni interes.[9]

---

[7] Sud će uputiti da pokrene parnični, odnosno upravni postupak onog učesnika čije pravo smatra manje verovatnim, ako zakonom nije drugačije određeno (čl. 27. st. 4. ZVP).

[8] Tako i G. Stanković, M. Trgovčević-Prokić, cit. delo, str. 515.

[9] U postupku za utvrđivanje očinstva, ako je umrlo lice za koje se tvrdi da je otac deteta, tuženi će biti njegovi naslednici. Odluka Vrhovnog suda Republike Makedonije, Rev.br.329/80 iz 17. juna 1980.

Sporna činjenica, kao uslov za nasleđivanje supružnika ostavioca, može da bude da li je trajno prestala zajednica života sa ostaviocem njegovom krivicom ili po sporazumu sa ostaviocem.[10]

4. *Spor o činjenicama od kojih zavisi osnovanost zahteva nadživelog supružnika i potomaka ostaviočevih koji su živeli sa ostaviocem u trajnoj zajednici da im se iz zaostavštine izdvoje predmeti domaćinstva koji služe za zadovaljavanje svakodnevnih potreba (čl. 173. st. 2. t. 2. ZVP)* – U toku postupka za raspravljanje zaostavštine može nastati spor o činjenicama od kojih zavisi osnovanost zahteva nadživelog supružnika i potomaka koji su živeli sa ostaviocem u trajnoj zajednici da im se izdvoje iz zaostavštine predmeti domaćinstva koji služe za zadovoljavanje svakodnevnih potreba. Prema odredbi čl. 37. Zakona o nasleđivanju[11], supružniku, precima, usvojiocu, potomcima usvojeniku i njegovim potomcima i licama iz čl. 29. ZON,[12] koji su živeli sa ostaviocem u istom domaćinstvu, pripadaju predmeti domaćinstva koji služe za zadovoljavanje njihovih svakodnevnih potreba, izuzev predmeta značajnije vrednosti. Zbog toga može nastati spor o tome koji su ti predmeti, jer oni ne mogu poimenično da se nabroje. Predmeti domaćinstva koji služe za zadovoljavanje svakodnevnih potreba su oni predmeti koji se svakodnevno upotrebljavaju, kao i oni koji se koriste samo u određenim prilikama, pod uslovom da nisu značajnije vrednosti.[13] U pitanju je pravni standard. Zakon daje samo opštu formulaciju da to ne mogu da budu predmeti veće vrednosti. Ostavljena je mogućnost da ostavinski sud, odnosno javni beležnik, u svakom konkretnom slučaju utvrdi da li je određeni predmet domaćinstva predmet manje ili veće vrednosti s obzirom na konkretno porodično domaćinstvo. U predmete domaćinstva ne spadaju predmeti koji su služili ostaviocu za obavljanje neke profesije ili alat za obavljanje neke zanatske delatnosti. Ako nastane spor u pogledu osnovanosti zahteva učesnika koji zahtevaju izdvajanje određennih predmeta domaćinstva, sud, odnosno javni beležnik dužan je da prekine raspravljanje zaostavštine i da ih uputi da pokrenu parnični postupak.

---

[10] Prema čl. 26. st. 2. t. 3. ZON, supružnik nema pravo na nasleđivanje ako je njegova zajednica života sa ostaviocem trajno je prestala njegovom krivicom ili po sporazumu sa ostaviocem.

[11] Zakon o nasleđivanju("*Služben vesnik na RepublikaMakedonija*", br. 47/1996), u daljem tekstu ZON.

[12] Lica koja su navedena u čl. 29. ZON su: hranjenik i hranilac, posinak i poćerka i očuh i maćeha, snaja i svekr i svekrva, zet i tast i tašta.

[13] Tako i K. Čavdar, Komentar na Zakonot za nasleduvanjeto so obrasci za praktična primena, Agencija "Akademik"- Skopje, 1996, str. 82.

Spor može nastati i u pogledu činjenice da li su učesnici koji traže da se izdvoje iz zaostavštine predmeti domaćinstva živeli u trajnoj zajednici sa ostaviocem. Trajna zajednica je ona zajednica koja je trajala najmanje pet godina i to neprekidno od zasnovanja odnosa pa se do smrti ostavioca.[14] Sporna može biti i činjenica od kog momenta je zasnovana trajna zajednica i da li svi učesnici ispunjavaju ovaj uslov. Isto tako, sporno može biti i da li su učesnici stalno živeli u istom domaćinstvu sa ostaviocem ili su zbog zaposlenja, sezonskog posla i sl. povremeno prebivali na drugom mestu, a zatim se vraćali kući.

Pravo izdvajanja predmeta domaćinstva mogu da koriste samo lica koja su živela u zajednici sa ostaviocem i koja imaju pravo na nasleđe, pod uslovom da su živa u momentu otvaranja nasleđa, da se nisu odredkla nasleđa, da nisu nedostojna za nasleđivanje, da nisu isključena iz nasleđa i da nisu lišena prava na nužni deo. Ako neko od njih ne može da koristi ovo pravo, njegov deo ne može po pravu predstavljanja da naslede njegovi potomci, jer taj deo prirasta licama koja mogu da koriste to pravo.

Ako je predmetima domaćinstva ostavilac testamentom raspolagao i ostavio ih drugim licama, onda testament može ostati na snazi samo ako postoji izričita saglasnost učesnika kojima pripada pravo na izdvajanje tih predmeta. Izdvojeni predmeti se ne uzimaju u obzir kada se obračunava nužni deo, niti se určunavaju nasledniku u njegov nasledni deo.[15] Lica kojima pripada pravo na izdvajanje predmeta domaćinstva koja nisu saglasna sa testamentalnim raspolaganjem ostavioca mogu pobijati testament jer im je uskraćeno pravo na izdvajanje ovih predmeta.

Ukoliko postoji spor o činjenicama od kojih zavisi opravdanost zahteva za izdvajanje predmeta domaćinstva, ostavinski sud, odnosno javni beležnik doneće rešenje kojim prekida postupak i učesnika čije pravo smatra manje verovatnim uputiće da pokrene parnični postupak.[16]

5. *Spor o činjenicama od kojih zavisi veličina naslednog dela, a naročito uračunavanje u nasledni deo* – U toku postupka za raspravljanje zaostavštine mogu biti sporne i činjenice koje se odnose na veličinu naslednog dela i činjenice u pogledu obračunavanja naslednog dela. Veličina naslednog dela zavisi od broja naslednika koji polažu pravo na nasleđe i od njihovog stepena srodstva sa ostaviocem. U zavisnosti od toga koja lica pretenduju na nasleđe u toku postupka mogu

[14] Čl. 29, stav 3, Zakona o nasleđivanju.

[15] Čl. 37. st. 2. ZON

[16] Čl. 27, stav 4 i član 176, stav 1. ZVP.

da se pojave sporne činjenice koje se odnose na nasledni deo supružnika ostavioca, činjenice koje se odnose na veličinu naslednog dela supružnika koji mu pripada u momentu smrti ostavioca, da li supružnik ostavioca ima nužna sredstva za život i da li postoje okolnosti u pogledu prava na povećanje ili smanjenje naslednog dela supružnika ili u pogledu prava na povećanje naslednog dela roditelja ostavioca, ili smanjenja dela supružnika kada ostavilac ima potomke koji nisu iz braka sa nadživelim supružnikom. Kada supružnik ostavioca nasleđuje sa naslednicima iz drugog naslednog reda, a nema neophodna sredstava za život, sud može na zahtev supružnika, da odluči da on nasledi i jedan deo zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslede drugi naslednici, a može i da odluči da supružnik nasledi celu zaostavštinu, ako je ona tako male vrednosti da bi njenom deobom supružnik zapao u oskudicu.

Prilikom odlučivanja sud, odnosno javni beležnik dužan je da uzme u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito imovno stanje i sposobnost za privređivanje supružnika, imovno stanje drugih naslednika i njihovu sposobnost za privređivanje i vrednost zaostavštine. Ako između naslednika i supružnika postoji spor o činjenicama od kojih zavisi da li supružnik treba da nasledi i deo zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslede drugi naslednici ili da nasledi celu zaostavštinu ako je ona od male vrednosti, radi se o sporu o činjenicama od kojih zavisi veličina naslednog dela i sud, odnosno javni beležnik treba da prekine postupak i učesnika čije pravo smatra manje verovatnim da uputiti da pokrene parnični postupak.

Prema nekim autorima, nedostatak nužnih sredstava za život i okolnost da li je vrednost zaostavštine tako mala da bi njenom deobom supružnik zapao u oskudicu, su pravna pitanja o kojim treba da odluči ostavinski sud, odnosno javni beležnik.[17] Ako niko od učesnika u postupku ne osporava ove činjenice, onda bi mogao da se prihvati stav da su to pravna pitanja, dok bi u protivnom trebalo da sud, odnosno javni beležnik prekine postupak i da uputi učesnika čije pravo je manje verovatno da pokrene parnični postupak.

Ista je situacija i kada povećanje naslednog dela zahtevaju roditelji prema supružniku ostavioca. Ako roditelji ostavioca nemaju nužnih sredstava za život, a pozvani su na nasleđe sa supružnikom ostavioca, sud, odnosno javni beležnik može na njihov zahtev da odluči da naslede i jedan deo zaostavštine koji bi trebalo po zakonu da nasledi supružnik, a može da odluči i da roditelji naslede celu zaostavštinu, ako je ona tako male vrednosti da bi njenom deobom roditelji zapali u oskudicu.

[17] Tako: G. Stanković, M. Trgovčević-Prokić, cit. delo, str. 520.

Ako je između roditelja ostavioca zajednica života trajno prestala, a samo jedan od roditelja nema nužnih sredstava za život, on može da zahteva da se poveća njegov nasledni deo kako prema supružniku tako i prema drugom roditelju ostavioca. Ukoliko je jedan od roditelja ostavioca umro pre ostavioca, nadživeli roditelj koji nema nužna sredstva za život, može da zahteva da se poveća njegov nasledni deo i prema naslednicima umrlog roditelja ostavioca.

Prilikom odlučivanja sud, odnosno javni beležnik uzeće u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito imovno stanje i sposobnost za privređivanje roditelja, imovno stanje supružnika, odnosno imovno stanje naslednika umrlog roditelja i njihovu sposobnost za privređivanje i vrednost zaostavštine.

Ako između roditelja ostavioca i supružnika, između jednog roditelja i drugog roditelja i supružnika i između nadživelog roditelja i naslednika umrlog roditelja ostavioca postoji spor o činjenicama od kojih zavisi da li roditelji ostavioca treba da naslede i jedan deo zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da nasledi supružnik ostavioca, ili treba da naslede celu zaostavštinu ako je ona male vrednosti, ako postoji spor u pogledu povećanja naslednog dela jednog od roditelja ostavioca i supružnika i ako postoji spor o činjenici da treba da se poveća nasledni deo roditelja koji je nadživio ostavioca i prema naslednicima umrlog roditelja ostavioca, pošto je u pitanju spor o činjenici od koje zavisi veličina naslednog dela, sud, odnosno javni beležnik prekinuće postupak i onog učesnika čije pravo smatra da je manje verovatno uputiće da pokrene parnični postupak.

Između učesnika u toku postupka za raspravljanje zaostavštine može nastati spor ako je ostavilac davanjem poklona za vreme svog života povredio nužni deo naslednika. Isto tako, među naslednicima može biti sporan redosled učinjenih poklona, kao i činjenica da li dobročino davanje ostavioca učinjeno naslednicima predstavlja poklon. Svako raspolaganje ostavioca bez naknade smatra se poklonom.[18]

Spor može da se pojavi i kada je nužni deo povređen i nužni naslednik tvrdi da u toku života ostavioca i sa testamentalnim raspolaganjima nije primio iz imovine ostavioca poklon i nasledni deo u visini svog nužnog dela.

Spor može nastati i u pogledu vremena kada su učinjeni pokloni, odnosno o redosledu kada su učinjeni. Ovo je veoma važno zato što se vraćanje poklona

[18] Prema čl. 34 ZON: " Kao poklon u smislu ovog zakona računa se i odricanje od prava, oproštaj duga, ono što je ostavilac dao nasledniku za vreme svog života na ime naslednog dela ili za osnivanje ili proširenje domaćinstva ili za obavljanje delatnosti, kao i svako drugo raspolaganje bez naknade".

vrši počev od poslednjeg poklona i ide unatrag obrnutim redom po kome su dati pokloni. Ako su pokloni dati u isto vreme, vraćaju se srazmerno.

Spor može nastati i da li dobročina davanja ostavioca koja su učinjena nasledniku predstaljaju poklon koji treba da se uračuna u nasledni deo. Npr. da li je poklon koji ulazi u nasledni deo bio uobičajen poklon koji je dat za rođendan, ili su to troškovi za obavezno školovanje i izdržavanje.

Spor može da se javi i kada testamentalni naslednik čiji nasledni deo mora biti smanjen da bi se dopunio nužni deo, traži srazmerno smanjenje legata koji treba on da isplati, ako iz testamenta ne proizlazi nešto drugo.

Spor može da se javi i u pogledu vrednosti poklona, naročito kada je među naslednicima sporna činjenica u kakvom stanju je bio predmet u momentu kada naslednik je primio poklon od ostavioca.[19]

Spor može da se javi i prilikom obračunavanja poklona zakonskom nasledniku u nasledni deo. Sporna može biti činjenica da li je ostavilac izjavio da se poklon nasledniku neće uračunavati u nasledni deo.

U svim navedenim slučajevima ako nastane spor o činjenici, sud, odnosno javni beležnik je dužan da prekine postupak za raspravljanje zaostavštine i učesnika čije pravo smatra da je manje verovatno uputiti da pokrene parnični postupak.

6. *Spor o činjenici od koje zavisi osnovanost isključenja nužnih naslednika ili osnovanost razloga za nedostojnost* – U toku postupka za raspravljanje zaostavštine može nastati spor o činjenici od koje zavisi osnovanost isključenja nužnih naslednika ili osnovanost razloga za nedostojnost. Osnov za isključenje postaje sporna činjenica kada isključeni nužni naslednik ističe prigovor da nema razloga i osnova za isključenje, a zainteresovana lica (učesnici) se tome protive. U slučaju spora o osnovanosti isključenja teret dokazivanja da je isključivanje osnovano leži na onom koji se poziva na isključenje (čl. 47. st. 3. ZON). U ovom slučaju ostavinski sud, odnosno javni beležnik prekida postupak i upućuje da pokrene parnični postupak onaj učesnik koji se poziva na isključenje. Ovo je izuzetak od pravila koje je predviđeno u čl. 176. stav 1. ZVP, prema kome je sud dužan da uputi na parnični, odnosno upravni postupak onog učesnika čije pravo smatra da je manje verovatno.[20]

---

[19] Vidi: Odluku Okružnog suda u Rijeci, Gž. 326/82.

[20] Prema nekim autorima, ako su sporne činjenice o povredi, ostavinski sud uputiće na parnicu učesnike, a ako je u pitanju samo kvalifikacija nesporne okolnosti, da li je ona teže ogrešenje

Ako u toku postupka dođe do spora o činjenici da li je osnovano lišenje od nasleđa, dužnost dokazivanja da je ono osnovano pogađa onoga ko se poziva na lišenje. U ovom slučaju dovoljno je da naslednik koji je lišen svog nužnog dela prigovori da je lišenje neosnovano i u tom slučaju sud, odnosno javni beležnik prekida postupak i upučuje na parnični postupak učesnika koji se poziva na lišenje.[21]

Spor o činjenicama može nastati i ako neko od učesnika u postupku tvrdi da je neko od naslednika nedostojan za nasleđivanje. Razlozi za nedostojnost navedeni su u čl. 123. ZON.[22] U slučaju da je sporna činjenica o nedostojnosti za nasleđivanje, prekinuće se postupak i učesnik koji spori činjenicu da je neko od naslednika nedostojan za nasleđivanje uputiće se da pokrene parnični postupak.

Spor o činjenici da li se neko lice odreklo od nasleđa. – U ostavinskom postupku može biti sporna i činjenica da li se neko od naslednika odrekao nasleđa. U slučaju spora o činjenicama da li je data izjava o odricanju od nasleđe, pred kim je data, da li je data samo u svoje ime ili i u ime potomaka (ako je naslednik imao maloletnu decu), da li je imao saglasnost organa starateljsva za odricanje i u ime potomaka, da li je izjava data pod prinudom, pretnjom ili je data u zabludi, sud, odnosno javni beležnik prekinuće postupak i uputiti učesnike da pokrenu parnični postupak.

Prema čl. 173 st. 3. ZVP, ako među učesnicima nema spora o činjenicama, a spor se odnosi na primenu prava, pravna pitanja raspraviće ostavinski sud, odnosno javni beležnik. Spor o pravnom pitanju ili spor o primeni prava postoji kada je među učesnicima sporno koju zakonsku normu treba primeniti u konkretnom slučaju, kada je sporna sadržina zakonske odredbe ili kako treba da se protumači određena zakonska norma.[23] Razgraničenje pravnih od činjeničnih pitanja nije

prema ostaviocu, tu kvalifikaciju daće ostavinski sud, zbog toga što je u pitanju pravno pitanje. Vidi: K. Čavdar, cit. Delo, str.103.

[21] Tako i K.Čavdar, cit. delo, str.112.

[22] Nedostojan da nasledi, kako na osnovu zakona, tako i na osnovu testamenta, kao i da dobije nešto na osnovu testamenta, je onaj koji je: 1) sa umišljajem lišio ili pokušao da ostavioca liši života; 2) prinudom ili pretnjom naterao ostavioca ili ga doveo u zabludu da ili opozove testament ili neku odredbu testamenta, ili ga je sprečio da to uradi; 3) uništio ili sakrio testament ostavioca sa namerom da spreči da se realizuje poslednja volja ostavioca, kao i onaj koji je falsifikovao testament ostavioca; 4) teško povredio obavezu izdržavanja ostavioca prema kome je imao zakonsku obavezu izdržavanja, kao i onaj ko nije hteo da ukaže ostaviocu nužnu pomoć.

[23] Tako i G. Stanković i M. Trgovčević-Prokić, cit. delo, str. 525.

uvek definisano u zakonu. Sud, odnosno javni beležnik u svakom konkretnom slučaju treba da ocenji da li su sporne činjenice ili je sporna primena prava. Prilikom razgraničenja da li je u pitanju sporna činjenica ili je sporna primena prava, sud, odnosno javni beležnik treba da vodi računa o cilju radnje koju preduzima.

4. *Spor o pravu na legat ili drugom pravu iz zaostavštine.* – Među učesnicima može da se javi spor o pravu na legat ili drugom pravu iz zaostavštine. U tom slučaju sud, odnosno javni beležnik uputiće učesnika da pokrene parnični odnosno upravni postupak, ali neće prekidati postupak za raspravljanje zaostavštine.[24] Ovo zakonsko rešenje posledica je toga što treba da se odlučuje o činjenici od koje zavisi pravo na legat. Legatar je singularni sukcesor koji je to svojstvo dobio izričitom naredbom ostavioca i u slučaju spora to pravo se ostvaruje u parničnom postupku zbog obligacionopravnog karaktera legata. Pošto su u pitanju odvojena sporna pitanja zbog njihovog rešavanja ne treba da se prekida postupak za raspravljanje zaostavštine.[25] Rešenje o legatu je posebno rešenje koje donosi ostavinski sud, odnosno javni beležnik. Ono može da bude doneseno zajedno sa rešenjem o nasleđivanju, ako se oba rešenja donose u isto vreme. Ako postupak na koji su upućeni učesnici nije završen do momenta kada može da se donese rešenje o nasleđivanju, sud, odnosno javni beležnik doneće posebno rešenje o legatu, kao dopunsko rešenje.

Kada postoji spor o pravu legatara na legat, ostavinski sud, odnosno javni beležnik uputiće legatara da pokrene parnični postupak. U čl. 174. ZVP, pored toga što je predviđeno da će sud, odnosno javni beležnik, ako dođe do spora o pravu na legat, uputiti učesnike da pokrenu parnični postupak i da neće prekidati postupak za raspravljanje zaostavštine, predviđeno je da će tako postupiti i kad je u pitanju drugo pravo iz zaostavštine. Međutim, u odredbi ovog člana nije određeno o kom drugom pravu iz zaostavštine se radi. Ostavljeno je sudu, odnosno javnom beležniku da oceni o kom drugom pravu iz zaostavštine se radi i kako tada treba da postupi.

5. *Spor među naslednicima o tome da li neka imovina ulazi u zaostavštinu i spor o zahtevu lica koja su sa ostaviocem živela u zajednici da im se izdvoji iz zaostavštine deo koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrednosti imovine ostavioca.* – U ZVP posebno su predviđeni slučajevi kad ostavinski sud treba

[24] Čl. 174. ZVP.

[25] Tako i A. Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, cit. delo str. 137. Isto i T. Tomanović, Prekin na ostavinskata postapka, *Notarius*, br. 9/2011, str.21.

da prekine postupak i da uputiti učesnike da pokrenu parnični, odnosno upravni postupak, nezavisno od toga da li postoji spor o činjenicama ili o pravu. Tako, ako među naslednicima dođe do spora o činjenicama ili o primeni prava, u čl. 175. ZVP izričito je predviđeno da sud, odnosno javni beležnik prekida raspravljanje zaostavštine i učesnike upućuje da pokrenu parnični odnosno upravni postupak i to ako među naslednicima postoji spor da li neko pravo ulazi u zaostavštinu i ako je sporan zahtev lica koja su sa ostaviocem živela u zajednici za izdvajanje iz zaostavštine dela koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju njene vrednosti.

Prilikom donošenja odluke u ovim slučajevima, sudu, odnosno javnom beležniku nije ostavljeno da oceni da li će prekiniti postupak, nego je on dužan da donese rešenje kojim prekida postupak, upućuje učesnike da pokrenu parnični, odnosno upravni postupak i prekid traje dok se taj postupak ne završi ukoliko bude pokrenut.

Spor o sastavu zaostavštine može da postoji ako neko od učesnika tvrdi da zaostavština ostavioca predstavlja zajedničku svojinu supružnika bez obzira na to što se u katastru ili u drugim javnim knjigama ona vodi na ime ostavioca. Spor može da postoji i kad je u pogledu nekih nepokretnosti sačinjen ugovor o doživotnom izdržavanju, a neko od naslednika je pokrenuo postupak za poništaj ugovora. Spor može da se javi i kada postoji zahtev za izdvajanje predmeta domaćinstva, ako su izdvojeni i predmeti veće vrednosti.

Do spora među naslednicima može da dođe i kada je u pitanju potomak ostavioca – da li su živeli u zajednici sa ostaviocem, da li je on doprineo i kako je doprineo povećanju vrednosti imovine ostavioca koja čini zaostavštinu, da li je povećana vrednost zaostavštine njegovim doprinosom i sl. Izdvajanje dela zaostavštine mogu da traže samo oni potomci prema drugim potomcima koji su privređivali sa ostaviocem i njihov doprinos je očigledan u povećanju vrednosti zaostavštine u odnosu na druge potomke. Ako dođe do spora među potomcima da li je neko od njih zaista doprineo povećanju vrednosti zaostavštine, sud, odnosno javni beležnik prekinuće postupak i uputiće onog koji tvrdi da je doprineo u povećanju vrednosti zaostavštine da pokrene parnični postupak.

Do spora može da dođe u pogledu činjenica i pravnih pitanja, kao o vidu i načinu izdvajanja doprinosa naslednika. Lica koja pretendiraju da imaju pravo na izdvajanje dela zaostavštine koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrednosti imovine ostavioca, u slučaju da sud, odnosno javni beležnik nije prekinuo postupak za raspravljanje zaostavštine, mogu i nakon pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju da ostvare svoje pravo u parničnom postupku.

6. *Rešenje o prekidu postupka.* – Prema ZVP sud, odnosno javni beležnik kad donosi rešenje o prekidu postupka treba da uputiti da pokrene parnični postupak učesnik čije je pravo manje verovatno (čl. 176. st. 1. ZVP).[26] U pitanju je ocena suda, odnosno javnog beležnika u svakom konkretnom slučaju kojom se ne prejudicira osnovanost ili neosnovanost zahteva o kome treba da se odluči u parničnom ili upravnom postupku. Ocenu čije pravo ja manje verovatno, sud, odnosno javni beležnik donosi na osnovu stanja u spisima u predmetu i dokaza koji su u dotadašnjem toku postupka podneti.[27]

U odredbama ZVP kojima je uređen postupak za raspravljanje zaostavštine nije određen rok u kome učesnik koji je bio upućen da pokrene parnični odnosno upravni postupak, treba da pokrene odgovarajući postupak. Ostavljeno je da ostavinski sud odnosno javni beležnik u rešenju kojim upućuje učesnika da pokrene odgovarajući postupak odredi taj rok.[28] Imajući u vidu opšte odredbe ZVP (čl. 27. st. 1) taj rok ne može da bude duži od 30 dana računajući od dana dostavljanja rešenja kojim je upućen učesnik da pokrene parnični odnosno upravni postupak. Ako učesnik postupi prema rešenju suda, odnosno javnog beležnika, prekid postupka traje dok se parnični odnosno upravni postupak pravnosnažno ne završi (čl. 176. stav 3. ZVP).[29] Ako učesnik u roku koji je određen u rešenju suda, odnosno javnog beležnika, ne postupi prema rešenju nastaviće se raspravljanje zaostavštine, bez obzira na zahtev u pogledu koga je učesnik bio upućen da po-

[26] Ova odredba sadržana je u opštim odredbama ZVP u čl. 27 st. 4, ZVP, koja se primenjuje u posebnim vanparničnim postupcima u kojima posebnom odredbom nije uređeno ovo pitanje.

[27] Tako i T.Tomanović, cit. delo str.121.

[28] Čl. 176. st. 2. ZVP.

[29] Ista odredba predviđena je i u čl. 28. u ZVP. Formulacija koja je sadržana u čl. 28. i čl. 176. st. 3. ZVP prema kojoj "prekid postupka traje dok se parnični odnosno upravni postupak pravnosnažno ne završi" može da napravi problem u praksi i da dovede do odugovlačenja postupka. Ovo iz razloga što postoji razlika kada je parnični postupak pravnosnažno završen, a kada upravni postupak. U upravnom postupku razlikuju se konačna i pravnosnažna rešenja. Rešenje protiv koga u upravnom postupku nije izjavljena žalba ili je žalba iskorišćena, a stranka je stekla neko pravo, odnosno rešenjem je stranci određena neka obaveza, konačno je u upravnom postupku (čl. 15. ZOUP). Rešenje protiv koje ne može da se izjavi žalba, ni da se pokrene upravni spor, a stranka je tim rešenjem stekla određena prava, odnosno stranci su određene obaveze je pravnosnažno rešenje (čl. 16. ZOUP). Ako se insistira doslovno da se poštuje formulacija "pravosnažno završeni upravni postupak" na šta upućuje zakonsko rešenje koje je sadržano u čl. 28. i čl. 176. st. 3. ZVP, (to bi značilo i iscrpljenje upravnog spora protiv rešenja koja su donesena u upravnom postupku), onda prekid postupka nije u skladu sa načelom efikasnosti postupka. Tako i A.Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, cit. delo, str. 58.

kretanje parničnog odnosno upravnog postupka (čl. 176. st. 4. ZVP).[30] Međutim, učesnik koji je upućen da pokrene parnični, odnosno upravni postupak, taj postupak može da pokrene i nakon isteka roka određenog rešenjem suda, odnosno javnog beležnika. Rok nije prekluzivan. Ako učesnik koji je bio upućen da pokrene postupak nije to učinio u određenom roku i kasnije ipak podnese dokaz da je pokrenuo parnični odnosno upravni postupak pre nego što se okonča postupak za raspravljanje zaostavštine, ostavinski sud, odnosno javni beležnik je dužan da prekine postupak i da sačeka dok se pokrenuti parnični odnosno upravni postupak pravnosnažno ne završi (član 176. st. 5. ZVP).

Učesnik nije prekludiran i on može i nakon pravnosnažnosti rešenja kojim je raspravljena zaostavština da pokrene postupak za rešavanje spornog pitanja. Međutim, imajući u vidu odredbu čl. 124. st. 3. ZVP, na predlog učesnika, sud, odnosno javni beležnik može odlučiti da drugi učesnik naknadi troškove, ako su ti troškovi posledica očigledno nesavesnog postupanja te onda sve troškove treba da naknadi nesavesni učesnik, bez obzira na to što je uspeo u postupku.

Rešenje o prekidu postupka ostavinski sud, odnosno javni beležnik može doneti na ročištu ili van ročišta. Rešenje kojim se upućuje učesnik da pokrene parnični ili drugi postupak treba da bude obrazloženo, osim u slučaju da je ono zasnovano na prethodnoj saglasnosti učesnika (čl. 21, st. 2. ZVP).

7. *Vraćanje spisa poverenih javnom beležniku sudu.*

7.1. Javni beležnik je dužan da vrati spise sudu koji mu je poverio predmet kada je postupak pravnosnažno okončan, odnosno kada protiv rešenja o nasleđivanju koje je doneo javni beležnik bude izjavljen prigovor. Javni beležnik vraća spise sudu koji mu je poverio predmet, a u notarskom spisu zadržava prepis spisa (čl. 134. st. 3. ZVP).

7.2. Javni beležnik je dužan da vrati sudu predmet koji mu je poveren radi raspravljanja zaostavštine kada odbije da postupa i kada sud mu oduzme povereni predmet.[31]

---

[30] Čl. 27. st. 2. i 3. ZVP.

[31] Sud može da oduzme predmet javnom beležniku koji mu je bio poveren ako javni beležnik nije u mogućnosti da postupa zbog bolesti, zbog izzuzeća ili iz drugih razloga po oceni suda, kao npr. zbog odugovlačenja postupka ili zbog očiglednog zanemarivanja službenih radnji. U tom slučaju sud postupak sprovodi sam ili predmet poverava drugom javnom beležniku (čl. 132. st. 2. ZVP).

7.3. Za razliku od situacije kada je javni beležnik dužan da vrati spise nadležnom sudu koji mu je poverio postupanje u ostavinskom predmetu, u tačno određenim slučajevima predviđenim u čl. 134. st. 1. ZVP, javni beležnik vratiće spise sudu na dalje postupanje kad ni taj javni beležnik, ni bilo koji drugi javni beležnik ne može da postupa po tom predmetu. U pitanju su slučajevi za koje je u ZVP izričito predviđeno da javni beležnik ne može da postupa. To su slučajevi koji su predviđeni u čl. 134. st. 1. ZVP, a uređeni odredbama iz čl. 160, 161. i 162. ZVP.

7.3.1. Ukoliko u toku postupka za raspravljanje zaostavštine pred javnim beležnikom treba proglasiti pismeni testament koji je nestao ili je uništen, nezavisno od volje ostavioca, bez obzira na to što među učesnicima u postupku, odnosno zainteresovanim licima nema spora o postojanju testamenta, o formi u kojoj je on bio sastavljen i njegovoj sadržini, kao i o načinu na koji je nestao ili bio uništen, javni beležnik je dužan da vrati spise sudu za dalje postupanje jer proglašavanje nestalog ili uništenog testamenta vrši ostavinski sud (čl. 160. st. 1. i 4. ZVP).

7.3.2. Prema čl. 134. st. 1. ZVP, javni beležnik je dužan da vrati spise ostavinskom sudu koji mu je poverio predmet da sprovede postupak kada nema testamenta i kada bi zaostavština postala svojina Republike Makedonije. Saglasnost zainteresovanih lica o ranijem postojanju testamenta, njegovoj formi i sadržini ima dejstvo samo ako se u tom pogledu saglasio i nadležni organ za zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Makedonije (čl. 160. st. 2. ZVP). Iako je u ovom slučaju javni beležnik dužan da vrati spise ostavinskom sudu na dalje postupanje, čini se da ovo zakonsko rešenje nije racionalno. Ako postoji saglasnost nadležnog organa koji je po zakonu dužan da se stara o zaštiti imovinskih prava i interesa Republike Makedonije da testament važi, onda je mnogo racionalnije da postupak nastavi javni beležnik koji vodi postupak za raspravljanje zaostavštine, umesto da se spisi vrate ostavinskom sudu da bi sud naknadno odlučio da javni beležnik produži da postupa. Ako nadležni organ nije saglasan da je postojao testament, javni beležnik će doneti rešenje da zaostavština postaje svojina Republike Makedonije.[32]

7.3.3. Javni beležnik je dužan da vrati spise sudu i kada među zainteresovanim licima ima i onih koja nisu sposobna da se brinu o svojim pravima, tako da saglasnost zainteresovanih lica o ranijem postojanju testamenta, njegovoj formi i sadržini važi samo ako postoji saglasnost Centra za socijalni rad (čl. 160. st. 3.

[32] Tako i A. Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, cit. delo, str.118.

ZVP). I u ovom slučaju, kao i u prethodnom, javni beležnik je dužan da vrati spise ostavinskom sudu iako ovo zakonsko rešenje nije racionalno. Ukoliko postoji saglasnost Centra za socijalni rad, saglasnost učesnika o testamentu važi i racionalnije je da se postupak nastavi pred javnim beležnikom koji je vodio postupak, nego da se vrate spisi ostavinskom sudu koji će nakon toga da odluči da javni beležnik nastavi postupak.

7.4. Prema čl. 134. st. 1. ZVP, koji upućuje na slučaj predviđen u čl. 161. ZVP, javni beležnik je dužan da vrati spise sudu na dalje postupanje ako utvrdi da nije nadležan za raspravljanje zaostavštine.[33]

7.5. Javni beležnik je dužan da vrati spise sudu na dalje postupanje i kad postoji potreba da ostavinski sud odredi mere za obezbeđenje zaostavštine. Ovo rešenje predviđeno je u čl. 162. ZVP, na koje upućuje čl. 134. st. 1. ZVP.

7.6. U ZVP predviđeni su i drugi slučajevi kada je javni beležnik dužan da vrati spise ostavinskom sudu. U čl. 134. st. 2. ZVP predviđene su slučajevi iz čl.138, 139. i 142. ZON. Međutim ove odredbe ZON prestale su da važe nakon donošenja Zakona o svojini i drugim stavarnim pravima,[34] a u slučaju iz čl. 84, 88. i 89. ZSDSP predviđeno je da javni beležnik može da donese odluku samo ako se slože svi učesnici. U protivnom spise vraća sudu.

7.6.1. Javni beležnik, prema čl. 134. st. 2. ZVP, može da donese odluku samo ako su saglasni svi učesnici kada poverioci ostavioca u skladu sa čl. 84. ZSDSP traže u roku od tri meseca od otvaranje nasleđa da se zaostavština izdvoji od imovine naslednika. Ukoliko nema saglasnosti učesnika, javni beležnik je dužan da spise vrati sudu.

7.6.2. Deoba nasleđa, prema čl. 88 ZSDSP,[35] može da se izvrši i u postupku za raspravljanje zaostavštine ako nema spora o tome ko su naslednici i koliko iznosi nasledničkі deo svakog od njih. Ukoliko su svi naslednici saglasni i pred-

[33] Ako sud nađe da je za raspravljanje zaostavštine nadležan strani organ, rešenjem se oglašava za nenadležnog (čl. 161. st. 3. ZVP).

[34] Zakonot za sopstvenost i drugi stvarni prava e objaven vo "*Služben vesnik na Republika Makedonija*, br.18/2001, 92/2008, 139/2009, 35/2010. U tekstu koji sledi biće upotrebljavan skraćeno ZSDSP.

[35] Prema čl. 88. st. 1. ZSDSP deobu nasleđa može da traži svaki naslednik u svako vreme. Ovo pravo ne zastareva (čl. 88. st. 2. ZSDSP). Deobu nasleđa mogu da izvrše naslednici sporazumom van suda ili u sudskom postupku, odnosno pred javnim beležnikom, u vanparničnom postupku za deobu zajedničkog predmeta ili imovine. Ako nema spora o načinu i uslovima deobe, deoba se vrši kod javnog beležnika u formi javnobeležničkog akta (čl. 213. st. 2. ZVP).

lože deobu i način deobe, onda javni beležnik donosi rešenje o nasleđivanju na osnovu njihovog sporazuma. Kad nema saglasnosti u pogledu deobe ili načina deobe, javni beležnik je dužan da spise vrati sudu.

7.6.3. U čl. 134 st. 2. ZVP, predviđeno je, u skladu sa čl. 89. st. 1. ZSDSP, da naslednik koji je živeo ili privređivaao u zajednici sa ostaviocem ima pravo da zahteva, kada za to postoji opravdani razlog, da se njemu ostave određene pokretne ili nepokretne stvari ili grupa stvari, koji bi pripali drugim naslednicima, s tim da im vrednost tih stvari bude isplaćena u novcu. Ukoliko o tome nema saglasnosti među učesnicima javni beležnik je dužan da vrati spise sudu.

ZAKLJUČAK

Prema odredbi čl. 126. st. 3. ZVP koja predviđa da je javni beležnik, kao povernik suda, ovlašćen da preduzima sve radnje u ostavinskom postupku i da donese sve odluke, izuzev onih za koje je zakonom drugačije propisano, nesporno je da javni beležnik ima ista ovlašćenja koja ima i ostavinski sud i kada donosi odluku o prekidu postupka za raspravljanje zaostvštine.

Prema ZVP prekida se postupak za raspravljanje zaostavštine i učesnici upućuju da pokrenu parnični, odnosno upravni postupak ako su među njima sporne činjenice od kojih zavisi neko njihovo pravo, kao i kada među naslednicima dođe do spora o činjenicama ili o primeni prava ili kada među učesnicima dođe do spora o pravu na legat ili o drugom pravu iz zaostavštine.

Ako se spor ne odnosi na činjenice od kojih zavisi neko pravo učesnika u postupku, a sporna je primena prava, pravna pitanja rešava ostavinski sud, odnosno javni beležnik bez da prekida postupka (čl. 173. st. 4. ZVP).

Ako među učesnicima dođe do spora o legatu ili o drugom pravu iz zaostavštine, sud, odnosno javni beležnik uputiće učesnike da pokrenu parnični odnosno upravni postupak ali neće prekidati postupak za raspravljanje zaostavštine (čl. 174 ZVP).

Slučajevi kada javni beležnik treba da vrati spise ostavinskom sudu taksativno su navedeni u zakonu i mogućnost za greške je veoma mala, za razliku od slučajeva kada sam javni beležnik prekida postupak i upućuje učesnike da pokrenu parnični ili upravni postupak.

ARSEN JANEVSKI, LL.D.,
Professor in tenure Faculty of Law
"Iustinianus Primus" Skopje

DISCONTINUING OF LEGACY PROCEEDINGS BY A NOTARY

Summary

The legacy proceedings, as entrusted activities by the courts, are conducted by the notaries. The powers of the notaries in the legacy proceedings are settled in the Law on non-contentious procedure. The subject of analysis of this article are the provisions of the Law on non-contentious procedure, which regulate the issue of stay of the legacy proceedings by a notary and referring the parties to initiate contentious or administrative proceedings, and the issues of returning the case-file to the court for his further action in the cases specifically provided in the Law on non-contentious procedure, and in the cases provided in the Law on ownership and other real rights, and returning the case-file to the court, after the finality of the decision with which the proceedings have been terminated, or when an objection has been submitted against the decision. In this article, the issue whether the notary has the same authorizations as the court which has entrusted him the activity is analyzed, in cases there is a dispute between the heirs on issues of facts of legal issues upon which the right to inheritance is dependent upon. The central question in this article is the analysis of the provisions of the Law on non-contentious procedure which regulate the cases when there is a dispute between the heirs from which some of their rights is dependant upon, and the court or the notary should discontinue the proceedings, and refer the parties to initiate contentious or administrative proceedings. An analysis is provided on the provisions from the law regulating the cases when a dispute arises between the heirs upon facts of the application of law, and the court or the notary is obligated to discontinue the proceedings and refer the parties to initiate contentious or administrative proceedings. Apart from the analysis and the review of the legislative solutions, the article also provides a critical review, whereof certain legislative solutions are problematized.

DUŠICA PALAČKOVIĆ,
ZORAN PONJAVIĆ

OBRAZLOŽENJE SUDSKIH ODLUKA I PRAVO NA OBRAZLOŽENU ODLUKU

U V O D

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[1], sa aspekta današnjeg razvoja evropskog društva, stari je instrument,[2] usvojen polovinom prošlog veka.Upravo razvoj ljudskog društva i okolnost da su odredbe Konvencije i pratećih protokola "neodređene i sadržajno šture", uslovljava nužnost njihove interpretacijeu cilju"kontinuiranog nadograđivanja, usavršavaa i osuvremenjivanja".[3] Za ovaj proces odgovoran je Sud za ljudska prava[4] čiji pravni stavovi ostaju kao "smernica u interpretativnom procesu".[5] Pri tumače-

Dr Dušica Palačković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Dr Zoran Ponjavić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je napisan kao prilog za Projeat "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske Unije" koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

[1] U daljem tekstu "Konvencija"

[2] Jasna Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourški acquis), Zagreb, 2013, 1012.

[3] Ibidem,

[4] U daljem tekstu "Sud".

[5] Dragoljub Popović, The Emergence of the European Human Rights Law (Part Three: Interpreting the Convention and evolving Remedies; Chapter III: Techniques of Interpretation re-

nju konvencijskih prava preovlađuje aktivistički, odnosno evolutivan i dinamički pristup,[6] koji podrazumevamogućnost odlučivanja da su mere tužene države suprotne Konvenciji i kada ona ne sadrži izričita merila za takvu ocenu.Ovakav metod,uz zahtevtzv. evropskog konsenzusa,[7] podrazumeva i opšte ograničenje da se ne sme svesti na arbitrerno tumačenje. Kroz svoju praksu Sud mora uspostaviti balans između razvoja i postojanosti (stabilnosti).[8] Pri tome, formulišu se granice primenei samog evolutivnog principa, odnosno Sud ne dopušta da Konevencija beskonačno evoluira, a spoljne granice postavljene su fundamentalnim ciljevima Konvencije.[9]

Evolutivno tumačenjeSud u svojoj praksi formuliše veoma rano,[10] a njegovom primenom u odnosu na član 6 stav 1 Konvencije uobličava niz tzv. izvedenih prava koja, uz izričito navedena, predstavljaju konkretizaciju načela "procesnog poštenja".[11] U ovim okvirima formulisano je u praksi Suda i pravo na obrazloženu presudu*(right to a reasoned decision)*[12] u cilju zaštite pojedinca od arbitrernog

straining Courts´s Power to interpret the Convention, 22, nav. prema: Jasna Omejec, nav. delo, 1012-1013.

[6] O pristupima tumačenju videti, npr., Maša Marochini, The interpretation of the European Convention on Human Rights, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014, 67-82.

[7] Reč je o postojanju zajedničke osnove u pravu i praksi država članica SE, a podrazumeva komparativni pristup Suda, Miloš Bošković, Primjena doktrine polja slobodne ocjene u praksi Evropskog suda za ljudska prava, doktorska disertacija, Beograd, 2016, 54-65, dostupno na: http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/7793/Disertacija.pdf?sequence=1&isAllowed=y, pristupljeno 01.07.2018.; Konstantsin Dzehsiarou, nav. delo, 1730-1745.

[8] Konstantsin Dzehtsiarou, European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, German Law Journal, Vol.12 No 10, 1730.

[9] Miloš Bošković, nav. delo, 51, a šire o evolutivnom tumačenju i primerima iz prakse Suda 47-54.

[10] Npr., u slučaju *Tyrer v. UK,* Appl. No. 5856/72, 25. April 1978, para. 183, Sud zauzima stav da se Konvencija, kao "živ instrument", mora tumačiti " *in the ligth of present day conditions*".Sve odluke navedene u ovom radu za koje nije naveden izvor preuzete su sa adrese: hudoc.echr.coe.int/

[11] O izvedenim pravima,Jasna Omejec, nav. delo, 1116 i sled.; Alan Uzelac, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen uticaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik PFZ, Vol.60, No.1, Veljača 2010, 104 i sled.; Alan Uzelac, Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl.6.st.1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u: "Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda" (ur.IvanaRadačić), Zagreb, travanj 2011,90, dostupno na: http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A35Fair_trial_uskladenost%20zakonaCMS.pdf, pristupljeno 03.07.2018.

[12] INTERIGHTS Manual for Lawyers - Right to a Fair Triel under the ECHR (Article 6), London, 2009, 50-53, dostupno na: http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_4035_0.pdf, pristupljeno 03.07.2018.

presuđenja,[13] ostvarenja principa vladavine prava i očuvanja poverenja javnosti u objektivan i transparentan pravosudni sistem.[14] Pravo na obrazloženu sudsku odluku istovremeno je i obaveza suda da je obrazloži.[15]

Praksa Suda pokazuje da se njegova povreda najčešće ispituje u kontekstu povrede niza drugih prava: prava da se bude saslušan, prava na pristup sudu, prava na delotvoran pravni lek,[16] ali i prava na procesnu ravnopravnost, na kontradiktornost postupka i javnost, što pokazuje i da je posledica niza opštih principa koje Konvencija sadrži. Odluke nacionalnih sudova moraju da sadrže razloge dovoljne da odgovore na suštinske aspekte činjeničnih i pravnih - supstancijalnih i procesnih - argumenata stranaka".[17] Ipak, funkcija Suda nije da se bavi pogrešnim odgovorima na faktička ili pravna pitanja koje daje nacionalni sud "osim ukoliko time nisu povređena prava i slobode koje Konvencija garantuje".[18] Prag principa četvrte instance, mada visoko postavljen, ipak postoji, ali ga Sud ponekad i "preskoči", a upravo uspostavljanje standarda obrazloženja odluka to pokazuje.[19] U postupku pred nacionalnim sudom mora da postoji očigledna arbitrernost ili nerazumnostda bi sud odstupio od principa "četvrte instance", a povreda prava na obrazloženu presudu, u tom kontekstu,podrazumeva da nisu uopšte navedeni razlozi koji su rukovodili sud u izvođenju zaključaka o faktičkim i pravnim pitanjima, ili su razlozi protivrečni, ili su očigledno arbitrerni.[20]

---

[13] Ibidem,

[14] Staka Gojković, Razumljivo i potpuno obrazloženje presude - obavezni standardi obrazloženog presuđenja, u: "Pravo na obrazloženu sudsku presudu - obavezni standardi u sudskim postupcima", Zbornik radova (ur. Mato Tadić), Pravosudni forum za BiH, Sarajevo, 2018., 220.

[15] Nuala Mole, Mirjana Lazarova Trajkovska, Pravo na obrazloženu odluku: Mora se *vidjeti* da je pravda učinjena, u: ""Pravo na obrazloženu sudsku presudu - obavezni standardi u sudskim postupcima", Zbornik radova (ur. Mato Tadić), Pravosudni forum za BiH, Sarajevo, 2018., 35, 39.

[16] Slavko Marić, Edina Danilović, Emina Hulusija, Fatima Mrdović, Pravo na obrazloženu odluku u praksi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, u: ""Pravo na obrazloženu sudsku presudu - obavezni standardi u sudskim postupcima", Zbornik radova (ur. Mato Tadić), Pravosudni forum za BiH, Sarajevo, 2018., 180.

[17] Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, Protecting the right to a fair trial under the European Convention of Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Strasbourg, 2012, 70, dostupno na: https://rm.coe.int/16806f15fa, pristupljeno 02.08.2018.; *Ruiz Torija v. Spain*, Appl. No. 18390/91, 9 December 1994, para. 29-30.

[18] Umesto svih, *Schenk v. Switzerland*, Appl. No. 10862/84, 12 July 1988., para. 45.

[19] Videti Bojan Spasić, Goran Dajović, Pravo na obrazloženu presudu - praksa evropskog suda za ljudska prava, Podgorica, 2016., 22.

[20] Ibidem,

ZNAČAJ OBRAZLOŽENJA SUDSKIH ODLUKA

Svrhu obrazloženja teorija prepoznaje u razjašnjenju subjektivnih i objektivnih elemenata spora i razloga zbog kojih je sud doneo odluku sadržanu u izreci presude, a time i davanju neophodne osnove za kontrolu rada suda koju vrši instancioni sud povodom izjavljenog pravnog leka.[21] "Bez obrazloženja nije moguće saznati sadržajni identitet spora, činjeničnu osnovu tužbenog zahteva"[22] i odluke o njemu. Ono "sadržajno dopunjuje izrečenu pravnu zaštitu", a kada je pravilno sastavljeno "otkriva istraživačku delatnost suda, njegove procesne metode, način i rezultate njegovog zaključivanja o relevatnim činjenicama i o pravu koje na njih treba primeniti."[23] "Iscrpno i supstancirano obrazloženje o provedenim dokazima i o rezulatatimadokazivanja naročito je značajno u sistemu slobodne ocene dokaza jer se pravilnost zaključaka suda o relevantnim činjenicama može u pravilu ispitivati tek posredno, kritikom metoda koje je sud upotrijebio pri istraživanju i utvrđivanju činjeničnog stanja."[24] *"Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*".[25] Time se pokazuje da se volja suda izražena u određenoj presudi poklapa sa voljom izraženom na apstraktan način u zakonu".[26] Obrazloženje omogućava i kontrolu logičkog procesa pomoću kojeg je sud došao do odluke, odnosno ispitivanje da li su zaključci odluke saobrazni zakonu i logici.[27]

Stoga, obrazloženje mora biti potpuno, određeno i jasno.[28] Obrazloženjem presuda "brani samu sebe".[29] Njime sudovi pokazuju da su argumente stranaka

[21] Siniša Triva, Mihajlo Dika, Gradjansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004., 622.

[22] Branka Ćiraković, Kristina Saganić, Sadržaj i izrada sudskih odluka, Priručnik za polaznike Pravosudne akademije, Zagreb, Svibanj 2017., 22., dostupno na: http://pak.hr/cke/obrazovni%20materijali/, pristupljeno 13.08.2018.

[23] Siniša Triva, Mihajlo Dika, nav. delo, 622.

[24] Ibidem,

[25] *R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, 259,nav. prema Anne Richardson Oakes, Haydn Davies, Justice must be seen to be done: A contextual reappraisal, Adelaide Law Rewiev, 37 (2016), 461.

[26] Tadija Bubalović, Pravo optuženika na obrazloženu sudsku odluku, Zbornik PFZ, 64, (5-6) (2014), 992.

[27] Goran Ilić, Pravo na obrazloženu sudsku odluku, Crimen (II), 2/2011., 229.

[28] Slavko Marić, Edina Danilović, Emina Hulusija, Fatima Mrdović, nav. delo, 180.

[29] Milena Gajinov, Metodologija izrade presude u parničnom postupku, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2000, 326.

saslušali, primili k znanju,[30] što doprinosi lakšem prihvatanju odluke, posebno od stranke koja je spor izgubila, ali i unapređenju poverenja javnosti u objektivan i transparentan pravosudni sistem.[31] Stranke moraju imati uvid u pravni stav suda i argumentaciju za njegovo prihvatanje[32] pa je i iznošenje pravnog stava suda sastavni deo obrazloženja.

U dovoljnoj meri obrazložena sudska odluka omogućava stranci koja je izgubila spor (ili je osuđena) da iskoristi mogućnost ulaganja pravnog leka uz prethodnu procenu izgleda na uspeh,a instancionom sudu da je razmotri sa aspekta ispravne primene procesnog i materijalnog prava, odnosno da vrši stvarnu kontrolu odluka.[33] Argumenti koji su od odlučujućeg značaja za ishod spora zahtevaju konkretne i izričite (nedvosmislene) odgovore u obrazloženju,[34] a ono je potpuno ako su u njemu analizirani i ocenjeni svi izvedeni dokazi i ako su izneseni razlozi o svim odlukama iz dispozitiva presude.[35] Obaveza je suda da "sprovede odgovarajuće ispitivanje podnesaka, argumenata i dokaznog materijala koji su stranke podnele, bez predrasuda u pogledu toga da li su relevantni za odluku.[36] Pravo na obrazloženu sudsku odluku podstiče sud na kvalitetnije odlučivanje i bolje obrazlaganje.[37] Stoga se za stav sudija da vrednovanje njihovog rada ne sme podrazumevati i kontrolu kvaliteta obrazloženja presuda jer se time nužno "ulazi u sudsku presudu", a to je isključivo posao neposredno višeg suda, kao kontrargument navodida se "kvalitet obrazloženja sudskih presuda može ocenjivati na osnovu niza "spoljašnjih" - formalno-logičkih, argumentativnih i proceduralnih - odlika, a da se time ne zalazi u meritum same odluke.[38]

PRAVO NA OBRAZLOŽENU ODLUKU U PRAKSI SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U nizu odlukaSud je, u okviru primene člana 6 stav 1, razmatrao i pravo na obrazloženu sudsku odluku u krivičnim, građanskim i upravnim stvarima, po-

[30] *Suominen v. Finland*, Appl. No. 37801/97, 1 July 2003, para. 37.

[31] Nuala Mole, Mirjana Lazarova Trajkovska, nav. delo, 40.

[32] Ibidem,

[33] Slavko Marić, Edina Danilović, Emina Hulusija, Fatima Mrdović, nav. delo, 180.

[34] Nuala Mole, Mirjana Lazarova Trajkovska, nav. delo, 41.

[35] Slavko Marić, Edina Danilović, Emina Hulusija, Fatima Mrdović, nav. delo, 180.

[36] Videti, npr.,*Van de Hurk v. Nedherland*, Appl. No 16034/90, 19 April 1994., para 59.

[37] Tadija Bubalović, nav. delo., 992

[38] Tadija Bubalović, nav. delo., 992.

lazeći od stava da "Član 6 stav 1 snažno naglašava javnu prirodu pravde".[39] Adekvatno obrazloženjeomogućavaju strankama sigurnost da su njihovi činjenični argumenti stvarno razmotreni u postupku čime se izbegava arbitrernost i utiče na donošenje pravilne odluke.[40] Madase pravni sistemi država članica razlikuju u pogledu sadržine odluka sudova i upravnih organa, a države imaju u tom smislu značajnu slobodu, mora se suštinski obezbediti saglasnost pravnih sistema sa odredbom člana 6 stav 1.[41] Obim obrazloženja zavisi od prirode odluke, ceni se *in concreto*,a moraju se uzeti u obzir različitost predloga stranaka kao i razlike među državama u pogledu ustavnih odredbi, običajnog prava, pravnog mišljenja i prezentacije i nacrta presude.[42] Nacionalni sudovi ne moraju detaljno da odgovore na svaki argument koji iznose straneveć samo na odlučujuće za ishod spora.[43]

Uslučaju *Luca v. Romania*[44] Sud je zauzeo stav da je pravo na obrazloženu presudu povređeno time što je nacionalni sud propusto da odgovori na tvrdnju iznesenu u žalbi da je sastav nižeg suda bio nepravilan. U slučaju *Hiro Bilani v. Spain*[45] Sud je utvrdio povredu stoga što apelacioni sud nije uzeo u obzir argumente aplikantkinje koji su se odnosili na prioritet žigova. Iz presude se nije moglo utvrditi da li ih je zanemario ili ih nije prihvatio pa je ostalo nejasno kojim se razlozima rukovodio ako ih nije prihvatio. U slučaju *Mugoša v. Montenegro*[46] ocenjeno je da okolnost dostavljanja rešenjabez pečata i potpisa,s obzirom na to da je tri dana kasnije izvršeno uredno dostavljanje, predstavlja administrativnu greškubez suštinske važnosti za ishod postupka pred ustavnim sudomkoji nije obrazložio ovaj argument apelanta već je ukinuo rešenje apelacionog suda i predmet vratio na ponovno odlučivanje iz sasvim drugog razloga.

---

[39] *Taxquet v. Belgium,*Appl. No. 926/05, 16 November 2010, para. 66.

[40] *Taxquet v. Belgium*, nav. odluka.

[41] *Achour v. France*, Appl. No. 67355/01, 29 March 2006; *Hadjianastassio v. Greece*, Appl. No. 12945/87, 16 December 1992.

[42] *Ruiz Torija v. Spain*, nav. odluka, para. 29-30.

[43] *Hirvisaari v. Finland*, Appl. No. 49684/99, 27 September 2001, para. 30; kao i: *Kuznetsov v. Russia*, Appl. No. 184/02, 11 January 2007; *Garcia Ruiz v. Spain*, Appl. No. 30544/96, 21 January 1991; *Van de Hurk v. Nedherland*, nav. odluka; *Buzescu v. Romania*, Appl. No. 61302/00, 21 May 2005.

[44] *Luka v. Romania*, Appl. No. 34197/02, 21 July 2009.

[45] *Hiro Balani v. Spain*, Appl. No. 18064/91, 9 December 1994, para. 27, 28.

[46] *Mugoša v. Montenegro*, Appl. No. 76522/12,21 June 2016., para 15, 61-63, dostupno na: http://sudovi.me/podaci/vrhs/dokumenta/4307.pdf, pristupljeno 03.08.2018.

U slučaju *H. v. Belgium*[47] Sud pravo na obrazloženu presududovodi u vezu sa konceptom "zakona" prema Konvenciji.Propisi moraju biti jasni, razumljivi i dostupni, a njihova primena predvidiva do mere da pojedinac može da uskladi svoje ponašanje sa njima.[48] Problem je predstavljala primena standarda "izuzetne okolnosti" čije je dokazivanje belgijsko pravo povezivalo uz mogućnost ponovnog prijema u advokatsku komoru. Okolnost da je domaći sud pri odbijanju ponovnog prijema aplikanta samo konstatovao nedostatak izuzetnih okolnosti, a njihov koncept je nejasan,predstavlja povredu prava na obrazloženu presudu. U slučaju *Milojević i dr. protiv Srbije*[49] Sud ističe da zakon mora da spreči proizvoljno mešanje državnih organa u prava zaštićena Konvencijom. Suprotno je vladavini prava da se diskreciono pravoizražava kao neograničeno ovlašćenje. Moraju se uspostaviti garantije kojima se proizvoljnost unjegovoj primenisprečava. Odluke domaćih sudova, uključujući i najviši, bile suneadekvatno obrazložene jer nedovoljno precizna regulativa uslovljava potrebu posebne pažnje pri navođenju razloga zbog kojih je takvo pravilo primenjeno u konkretnom slučaju.

Povreda prava iz člana 6 stav 1 često jeposledica kontradiktornosti izreke i obrazloženja ili kontradiktornosti samih obrazloženja. Činjenično i pravno nedosledne odluke zahtevaju podrobnija obrazloženja.[50] U slučaju*Hirvisaari v.Finland*[51] nacionalni sud je utvrdio da se zdravstveno stanje aplikanta - korisnika pune invalidske penzije, pogoršalo, ali je potvrdio pravo na delimičnu, a ne na punu penziju, što je izazvalo konfuziju kod aplikanta.

Kada se nacionalni sud poziva na niz nedokazanih pretpostavki to, takođe, ukazuje na nedopustivu arbitrernost, odnosno da se sud nije suštinski bavio predočenim okolnostima i dokazima.[52]

Stav da obrazloženjane moraju da se odnose na sve navode stranaka Sud potencirau vezi odluka viših instanci.U slučaju *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*,[53] ponavlja se da zahtev pravne sigurnosti ne uključuje

[47] *H. v. Belgium,* Appl. No. 8950/80, 30 November 1987., para. 61.

[48] Nuala Mole, Mirjana Lazarova Trajkovska, nav. delo, 42.

[49] *Milojević i dr. protiv Srbije*, predstavka br. 43519/07, 43524/07 i 45247/07, 12. januar 2016, para. 62- 67, 83, 84, dostupno na: https://www.vk.sud.rs/, pristupljeno 03.08.2018.

[50] Nuala Mole, Mirjana Lazarova Trajkovska, nav. delo, 42.

[51] *Hirvisaari v. Finland*, nav. odluka, para. 30-33.

[52] *Tatishvili v. Russia*, Appl.No. 1509/02, 22 February 2007, para. 56-68.

[53] *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Appl. No. 36815/03, 14 January 2010., para. 38.

pravo na ujednačenu sudsku praksu, ali postoji povreda standarda pravičnosti suđenja kada najviši sudnije detaljno, suštinski, obrazložio razloge za izmenu stava. Odstupanje od usvojene prakse je posebnaokolnostkoja to zahteva. Kada je promena tumačenja pravnih normi radi ujednačavanja prakse usledila bez ikakvog obrazloženja, čak i bez konstatovanja promena, odluke instancionih sudova postaju izvor pravne nesigurnosti.[54]

U slučaju *Gorou v. Greece*[55] ocenjeno je da nema povrede prava na obrazloženu presudu ako su sažeto (jezgrovito)izneseni razlozi zbog kojih pravni lek nije izjavio javni tužilac, uz pozivanje na razlogekoje je utvrdio nižestepeni sud, odnosno da nije bitan obim već suština obrazloženja. U slučaju *Vidaković v. Crna Gora*,[56] Sud smatra da je time što je najviši sud potvrdio odluku žalbenog i zaključio da presudama nižih sudova nije povređen zakon, iako nije detaljno obrazložio ovakav svoj stav," implicitno podržao obrazloženje žalbenog" pa nema povrede prava na obrazloženu odluku.[57]

Ipak, prihvatanje i ponavljanje okolnosti i dokaza iz obrazloženja odluka nižih sudova neće biti dovoljno za poštovanje standarda pravičnog suđenja ukoliko su obrazloženja odluka nižestepenih sudova nepotpuna, odnosno manjkava,[58] jer žalbeni sud treba da otkloni takve nedostatke.[59] Pri tome je bitno da li je aplikant u svom pravnom leku samo ponovio argumente koje je već izneo ili je izneo nove.

U prvom slučaju pravo na obrazloženje presude biće povređeno ukoliko je obrazloženje odluke nižestepenih sudova bilo nepotpuno, a nedostatci nisu u instancionom postupku otklonjeni, a u drugom slučaju instancioni sud mora dati suštinsko obrazloženje novih činjenica i ocenu izvedenih dokaza kao i zašto nije prihvatio da utvrđuje neku od novih činjenica, odnosno da izvodi neki od predloženih dokaza.[60] Ukoliko novi argumenti procesnopravne i supstancijalne priro-

---

[54] *Vusić v. Croatia,* Appl. No. 48101/07, 1 July 2010, para. 45.

[55] *Gorou v. Greece*, Appl. No 12686/03, 20 March 2009, para. 38-42.

[56] *Vidaković v. Crna Gora*, predstavka br. 27524/06,24. maj 2016, dostupno na: http://sudovi.me/podaci/vrhs/dokumenta/4533.pdf, para. 47-49.

[57] Slično i u nav. slučajuGarcia Ruiz v. Spain, u kojoj je Vrhovni sud Španije u obrazloženju svoje odluke naveo da prihvata činjenice koje su utvrđene u postupku pred nižim sudom i ponovio ih, a žalba nije sadržala dokaze koji potkrepljuju tvrdnje aplikanta iznesene u njoj.

[58] *Tatishvili v. Russia*, nav. odluka, para.63.

[59] *Hirvisaari v. Finland*, nav. odluka, para.32.

[60] Argumenti iz odluka Suda u slučaju *Helle v. Finland,* Appl. No. 20772/92, 19 December 1997, dostupno na: http://echr.ketse.com/doc/20772.92-en-19971219/view/, pregledano

de nisu očigledno neosnovani, a bili bi od odlučujućeg značaja za ishod postupka, instancioni sud mora da ih samostalno i nezavisno od stava nižestepenog suda razmotri, a ukoliko ih ne prihvata da navede razloge za to.Argumentima koji su drugačije pravne prirode uvek zahtevaju samostalnu pravnu analizu instancionog suda. Razlozi ne moraju biti izneseni posebno, u pisanoj formi prihvatljivo je da se iznesu i posle odlučivanja, ako se time ne sprečava aplikant u delotvornom korišćenju prava na pravni lek što podrazumeva da mora imati pristup presudi u okviru roka za njegovo izjavljivanje.[61]

Ukoliko aplikant nije imao priliku za usmeno iznošenje svojih argumenata pred nacionalnim sudom takođe je potencirana obaveza obrazlaganja odluke.[62] U slučaju *Erkapić v. Croatia*,[63] izričito se navodi i da nedostatak adekvatnog obrazloženja dovodi u sumnju pouzdanost i tačnost, odnosno kvalitet dokaza. Slučaj *Brežec v. Croatia*[64] pokazuje da obrazloženje mora da sadrži analizu proporcionalnosti mere i cilja koji se želi postići sa aspekta prakse Suda ako je merom povređeno ljudsko pravo ili postoji rizik povrede.

Opravdanje stava da pravo na obrazloženu presudu proizlazi iz smisla i svrhe člana 6 stav 1 Sud u sažetoj formi navodi, npr., u slučaju *Tatishvili v. Russia*[65] - odluka mora jasno pokazati strankama da su saslušane;upravo obrazloženje pokazuje da li su stranke imale pravično suđenje; dobro obrazložena odluka omogućava izjavljivanje žalbe, a instancionom sudu (organu) da sprovede postupak kontrole odluke; obrazložena odluka omogućava javnosti razmatranje delovanja i odlučivanja sudova i javnih vlasti uopšte.

PRAKSA USTAVNOG SUDA SRBIJE

U pravnom sistemu Srbije "pravo na pravično suđenje" je Ustavom garantovano ljudsko pravo.[66] Nesporno je, takođe, da su u praksi Ustavnog suda[67] pri-

08.08.2018., para. 49-60 kao i odluke u slučaju *Hiro Balani v. Spain*, nav. odluka, para.24-28.

[61] Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, nav. delo, 71., kao i nav. odluka u slučaju *Hadjianastassio v. Greece.*Videti i Nuala Mole, Mirjana Lazarova Trajkovska, nav. delo, 45.

[62] *Helle v. Finland*, nav. odluka. para. 60.

[63] *Erkapić v. Croatia*, Appl. No. 51198/08, 25 April 2013., para. 84.

[64] *Brežec v. Croatia*, Appl. No. 7177/10, 18 July 2013., para. 41-50.

[65] *Tatishvili v. Russia*, nav. odluka, para. 58.

[66] Član 32 stav 1 Ustava RS, "Službeni glasnik RS", br. 98/2006.

[67] U daljem tekstu "US".

hvaćene i garantije pravičnog suđenja izvedene iz odredbe člana 6 stav 1 Konvencije, pa i one koje potvrđuju pravo na obrazloženu sudsku odluku. U postupku po ustavnim žalbama US nije nadležan da proverava način na koji sudovi tumače i primenjuju propise, osim kada su odlukama povređena ustavna prava proizvoljnom ili diskriminatornom primenom zakona što podrazumeva i procesnaprava stranaka. U nizu odluka US ponavlja da se garantija prava na pravično suđenje iz člana 32 stav 1 Ustava odnose i na obavezu sudova da obrazlože svoje odluke, da to ne znači da se moraju izneti svi detalji i dati odgovori na sva postavljena pitanja i iznete argumente i da mera u kojoj ova obaveza postoji zavisi od prirode odluka, a sudovi su dužni da svoju odluku obrazlože na taj način što će navesti jasne i argumentovane razloge na kojima tu odluku zasnivaju. Tako, odbijajući ustavnu žalbu protiv presude VKS, US konstatuje da je stav o zakonitosti spornog rešenja o otkazu ugovora o radu, suprotno stavu drugostepenog suda, zasnovan na tome da nije bilo mesta primeni odredaba Posebnog kolektivnog ugovora tuženog stoga što aneks ovog Ugovora, čiji je cilj bio utvrđivanje prava zaposlenih koji su višak, nije zaključen do isteka predviđenog roka, niti je rok bio produžen, pa je tuženi sporno rešenje doneo neposredno primenjujući Zakon o radu. Ustavni sud smatra da se odredba Posebnog kolektivnog ugovora kojom je predviđen rok za zaključenje aneksa ne može izolovano tumačiti i primenjivati.

Ocena US je da je VKS, kao revizijski, naveo ustavnopravno prihvatljive razloge za preinačenje drugostepene odluke i odbijanje tužbenog zahteva, odnosno da je naveo jasne i suštinske razloge za donošenje svoje odluke, pa je obrazloženje osporene revizijske presude u skladu sa standardima prava na pravično suđenje.[68] U odluci kojom usvaja ustavnu žalbu zbog povrede prava na pravično suđenje US konstatuje da nije pravno utemeljen pristup prvostepenog suda koji se najpre izjasnio da se vanredno usklađivanje penzija ne odnosi na korisnike vojnih penzija stoga što u relevantnom periodu nisu bili u sistemu RF PIO, a onda se upustio u ocenu ispunjenosti zakonskih uslova za vanredno usklađivanje penzija ovih osiguranika. Naglašava se da podnosiocima ustavne žalbe mora biti jasno zašto (ne)ispunjavaju uslove za ostvarivanje određenog prava ili pravnog interesa što podrazumeva dužnost sudova i upravnih organa da navedu precizne i neprotivrečne razloge na kojima zasnivaju ocenu o pretpostavkama za primenu merodavnih propisa".[69]

[68] Odluka US, Už-2196/2010.

[69] Odluka US, Už-2806/2014.

US prihvata stav Suda za ljudska prava da se pri oceni da li obrazloženje sudske odluke zadovoljava standarde pravičnog suđenja mora posebno voditi računa o prirodi odluke i okolnostima konkretnog slučaja, da odluka ne može da bude bez ikakvog obrazloženja i da obrazloženje ne sme biti lapidarnog karaktera. Ponavljajući stav da se ne moraju dati odgovori na sve iznete argumente, posebno u obrazloženju odluka sudova pravnog leka koji su prihvatili argumente iz odluka nižih sudova, US smatra da je za ocenu povrede prava na pravično suđenje "neophodno sagledati da li je sud pravnog leka ispitao odlučna pitanja koja su pred njega izneta ili se zadovoljio pukim potvrđivanjem odluke nižeg suda". Stoga se, u postupku u kome se, pored ostalog, odlučuje i o vršenju roditeljskog prava, moraju uvažiti posebna priroda i specifičnosti ovog postupka, kao što je, npr., pravo deteta da, bez obzira na uzrast, slobodno i neposredno izrazi svoje mišljenje u svakom sudskom i upravnom postupku u kome se odlučuje o njegovim pravima koje predviđa i Konvenciji o pravima deteta i Porodični zakon.

Porodični zakon predviđa i način utvrđivanjamišljenja deteta i obavezusuda i organa uprave da ga utvrde, a upravo ta pravila, po oceni US, dodatno obezbeđuju i garantuju pravičnost postupka. Postoji obaveza sudova da, u skladu sa ovim pravilima, ispitajuokolnosti, odgovore na odlučna pitanja, a nakon toga ih i obrazlože. US konstatuje da obaveza sudova, posebno instancionih, da obrazloži odluku ne znači davanje"detaljnih odgovora na sve iznete navode iz korišćenog pravnog sredstva", da su instancioni sudovi "detaljno i jasno odgovorili na odlučna pitanja iz žalbe i revizije, te da su, prihvatajući argumente prvostepenog suda, iznete stavove i ocene dovoljno obrazložili." Prvostepeni sud, čije su odluke po žalbi i reviziji potvrđene, cenio je sve okolnosti od značaja za odluku o poveravanju deteta - želje oba roditelja, stambene i imovinske prilike oba roditelja, njihove mogućnosti da neposredno odgajaju dete, mišljenja nadležnih instutucija i mišljenje deteta.[70]

Ukoliko se u odlukama instancionih sudova prihvataju argumenti nižestepenih sudova zauzimanje istovetnih pravnih stavova ima tu "prednost" da "razlozi izneti u tim odlukama, zajedno, daju jasniju i precizniju sliku o osnovanosti zahteva te su stoga jači i razumljiviji".[71]

US u odlukama posebno izdvaja situaciju kada je sud više instance po žalbi preinačio nižestepenu odluku, smatrajući da u ovim okolnostima uvek posto-

[70] Odluka US, Už 3187/2010.

[71] Odluka US, Už-3825/2013.

ji "veći stepenobaveze drugostepenog suda da detaljnije, jasnije i preciznije obrazloži svoju odluku" stoga što se "stavlja u položaj prvostepenog suda, zauzimajući sasvima drugačije (novo) pravno stanovište". "Zakonitost i pravilnost pravnog stava iznetog u preinačujućoj odluci nezadovoljna stranka više ne može da osporava, osim ako su ispunjeni uslovi za izjavljivanje revizije", a oni su izuzetno restriktivni u odnosu na žalbene. US ukazuje da je osobenost pravnog stavaiz preinačujuće drugostepene odluke u tome da razlozi moraju na jasan i nedvosmislen način da potvrde zašto je ocena prvostepenog suda u pogledu spornog pravnog pitanja pogrešna kako bi stranci bilipoznati i jasnirazlozi preinačenja odluke na njenu štetu".[72] Povreda prava na obrazloženu presudu učinjena je kada se žalbeni sud ne poziva ni na jedan propis već samo na odluku US, bez navođenja njene oznake i zauzetog stava u njoj. Stoga je neprihvatljiv pravni zaključak prvostepenog suda da se primenjuje kamatna stopa od 1% na godišnjem nivou, kao visina stope koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju, bez obrazloženja zašto nema mesta primeni ugovorne odredbe o kamati.[73]

US, takođe, naglašava da se pri razmatranju garantija iz člana 32 stav 1 Ustava "ne sme zastati na formalnom ispitivanju da li su one poštovane, već se osporena odluka morasagledati i u svetlu garantija koje nisu izričito predviđene, a jedna od takvih je i ona koja se odnosi na obavezu sudova da obrazlože svoju odluku".Stoga je ovo pravo povređeno kada je VKS preinačio pobijane presude nižestepenih sudova stoga što bitnu činjenicu -početak roka zastarelosti za otkaz ugovora o radu, nisu utvrđivali, jer po njihovom stavu nije bila odlučujuća za odlučivanje. Naime, prema odredbama ZPP o reviziji, VKS može da preinači presude nižestepenih sudova kada je na potpuno i tačno utvrđeno činjenično stanje pogrešno primenjeno materijalno pravo i kada je pravno shvatanje nižestepenih sudova po oceni VKS netačno ali je u činjeničnom osnovu pobijanih presuda sadržana i činjenica koja je po pravnom stavu revizijskog suda bitna. VKS u obrazloženju preinačujuće presude u konkretnom slučaju ne navodi, međutim, kada je počeo da teče rok zastarelosti.[74]

Stav je USda sudovi "imaju određenu diskrecionu ocenu u vezi sa tim koje će argumente i dokaze prihvatiti...ali, istovremeno, imaju obavezu da obrazlože svoju odluku tako što će navesti jasne i razumljive razloge na kojima su tu odluku

[72] Odluka US, Už-4999/2014.

[73] Ibidem.

[74] Odluka US, Už-85/2010.

zasnovali."[75] Svrha obaveze obrazlaganja je da pokaže da je strankamau postupku omogućeno da na ravnopravan i pravičan način budu saslušane, daim omogućida se žale i da drugostepeni sudrazmotri i ispita odluku. Nepostojanje obrazloženja može prouzrokovati povredu prava na pristup sudu ako sprečava efikasno korišćenje žalbenog postupka. Obrazloženjem svojih odluka sudovi objašnjavaju svoju delatnost kao državni organi. Sudovi ne moraju detaljno da se osvrnu na svaki argument stranaka već samo na argumente koje smatraju relevantnim. Sud mora da uzme u obzir argumente učesnika u postupku, ali oni ne moraju svi biti izneseni i u obrazloženju presude.[76] Sudovi moraju "za svaki dokaz kome veruju, kao i one kojima ne veruju, dati logično i uverljivo obrazloženje, koje ni u jednom delu ne izgleda prizvoljnoili neprihvatljivo."[77] Žalbeni sud koji prihvata razloge niže-stepenog ne mora da ih ponavlja niti mora da odgovori na sve žalbene razloge "kada osporena drugostepena presuda sadrži sasvim dovoljno razloga i objašnjenja zašto se odbija žalba podnosioca, te šta čini suštinske razloge na osnovu kojih je na taj način odlučeno".[78]

OBRAZLOŽENJE PRESUDE PARNIČNOG SUDA – SADRŽINA I ZNAČAJ

Zakon o parničnom postupku RS[79] propisuje obaveznu sadržinu obrazloženja presude: zahtevi stranaka i njihovi navodi o činjenicama na kojima se ti zahtevi zasnivaju, dokazi, činjenično stanje koje je utvrđenoi propisi na kojima je zasnovao presudu, ako zakonom nije drugačije propisano. Obrazloženja presude zbog propuštanja, na osnovu priznanja, na osnovu odricanja, zbog izostanka i presude donete na osnovu člana 291 stav 2 (presuda bez rasprave), treba da sadrže samo razloge koji opravdavaju njihovo donošenje.[80] Presuda ne sadrži obrazloženje ukoliko su se stranke odrekle prava na pravni lek, ako posebnim zakonom nije drugačije propisano.

[75] Odluka US, Už-1866/2009

[76] Ibidem,

[77] Ibidem,

[78] Odluka US, Už-1866/2009.

[79] Zakon o parničnom postupku RS, "Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US i 55/2014.,odredbe člana 355, u daljem tekstu "ZPP".

[80] Za presudu na osnovu propuštanja, npr., presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 3589/11, od 06.06.2012., Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, br. 5/2013.

U odnosu na raniju regulativu[81] odredba o sadržini obrazloženja dopunjena je obavezom unošenja činjeničnog stanja koje je utvrđeno. Ipak, teorijski stav da je redakcija odredbe o sadržini obrazloženja "izraz težnje autora Zakona da tekst pojedinih odredaba bude sažet", pa da se "usled toga ...ne pominju neki delovi obrazloženja"[82] primenljiva je i dalje. Obrazloženje mora da sadrži, prvo, činjenični prikaz spora koji podrazumeva "meritorne predloge stranaka i činjenične tvrdnje na kojima su oni zasnovani", a iz njega se mora videti koje su činjenice među strankama sporne, odnosno koje činjenice jedna drugoj osporavaju i koje dokaze predlažu za utvrđenje takvih činjenica, a ako činjenično stanje nije sporno, obrazloženje mora da sadrži "pravna shvatanja na kojima stranke zasnivaju svoj napad, odnosno odbranu",[83] i drugo, tzv. razloge u užem smislu, što podrazumeva navode kako je sud došao do zaključka o usvajanju ili odbijanju tužbenog zahteva, odnosno do činjenične podloge presude.[84] Pored činjenica koje direktno ulaze u činjeničnu podlogu,[85] za koje se ipak mora navesti opravdanje, posebno su značajne spornečinjenice[86] za koje jeneophodno navestidokazna sredstva koja su upotrebljena po predlogu stranaka ili po službenoj dužnosti i rezultat koji je proistekao.[87] U teoriji je nesporna i dužnost suda da obrazloži dovoljnim i prihvatljivim razlozima neprihvatanje određenih dokaza što ZPP ne predviđa izričito kao sadržinu obrazloženja.[88] Obrazovanje činjenične podloge podrazumeva obrazloženu ocenu rezultata dokazivanja primenom pravila izčlana 8.

U teoriji je usvojen i stav da obrazloženje mora sadržati kako je sud utvrdio činjenice kao postojeće, ali se mora osvrnuti i na svoj zaključak o tome da za neke nije stekao ubeđenje da postoje.[89] Konačno, obrazloženje mora da sadrži i odred-

[81] Odredba člana 338 stav 4 Zakona o parničnom postupku iz 1976. koja nije menjana do 2004.

[82] Borivoje Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama, Beograd, 2009., 854.

[83] Ibidem.

[84] Borivoje Poznić, nav. delo, 854.

[85] O tome više Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, nav. delo, 379-384.; Siniša Triva, Mihajlo Dika, nav. delo, 484-494.

[86] O priznatim činjenicama za koje se u teoriji navodi da su prema ZPP iz 2011. godine, sve one koje nisu osporene, a nepovoljne su za stranku, odnosno o približavanju ovog rešenja principu tzv.afirmativne litiskontestacije više Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, nav. delo, 379-380.

[87] Borivoje Poznić, nav. delo, 855.

[88] Borivoje Poznić, nav. delo, 855, a posredno ova obaveza sledi iz člana 383 stav 3 ZPP.

[89] Borivoje Poznić, nav. delo,855.

bu pod koju je podvedeno činjenično stanje koje je utvrđeno, a kada sud smatra da je to potrebno, i objašnjenje zašto je konkretnu odredbu smatrao odgovarajućom.[90] Ako je to potrebno, sud je dužan da se izjasni i o stavu stranaka o pravnom osnovu spora.[91] Čini se, sobzirom na iznesene stavove teorije da bi odredbu ZPP o sadržini obrazloženja presude trebalo dopuniti.[92] Obrazloženju drugostepene odluke ZPP posvećuje nekoliko odredbi člana 396 razlikujući sadržinu obrazloženja prema vrstama odluka i precizirajući obaveze žalbenog suda u tom smislu.[93] Na osnovu odredbe člana 419 ZPP odredba člana 396 primenjuje se i na odluke revizijskog suda, ali je posebno normirana obaveza obrazlaganja za slučaj da se revizija odbija, a obrazloženjem se postiže novo tumačenje prava ili doprinosi ujednačenom tumačenju prava ili su revizijom navedeni novi razlozi u odnosu na žalbene.[94]

Nedostaci pismeno izrađene presude zakonski surazlog za njeno pobijanje žalbom[95] i vode ukidanja presude stoga što se nemože ispitati, odnosno utvrditi da li je zakonita i pravilna.[96] Ako postoji protivnost izreke razlozima koji su na-

[90] Mora se obrazložiti i rešenje prethodnog pitanja i odluke o svim sporednim zahtevima kao one o procesnim prigovorima, Borivoje Poznić, nav. delo, 855.

[91] Siniša Triva, Mihajlo Dika, nav. delo, 622.

[92] Videti, npr., član 338 stav 4 Zakona o parničnom postupkuRepublike Hrvatske, pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, dostupno na: https://www.zakon.hr/, pregledano 09.08.2018.: "...koje je činjenice utvrđivao, zašto i kako ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koje je dokaze izvodio i zašto te kako ih je ocijenio...".

[93] Na osnovu odredbe člana 419 ZPP odredba člana 396 primenjuje se i na odluke revizijskog suda.

[94] Videti odredbu člana 414 stav 2 ZPP

[95] Prema odredbi člana 374 stav 2 t. 12 ZPP to je apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka.

[96] Videti, npr., rešenje Privrednog apelacionog suda u Beogradu, Gž 1239/2014, od 17. 09. 2014, dostupno na: http://poslovnibiro.rs, pregledano 15.08.2018.: "Ukoliko je u obrazloženju presude kojom je utvrđena povreda žiga samo navedeno da postoji zvučna sličnost suprotstavljenih znakova, bez objašnjenja u čemu se ta sličnost sastoji prilikom izgovaranja - to presudu čini nepodobnom za ispitivanje pravilnosti i zakonitosti."; presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž1 319972011, od 17. 08. 2011, dostupno u bazi Paragraf Lex, pregledano 15.08.2018.: "Bitna povreda odredaba parničnog postupka postoji ako su sadržina izreke i izvedeno činjenično stanje u suprotnosti"; rešenje Višeg suda u Požarevcu, 2Gž 1161/15, od 01.12.2015.:"Ukoliko sud u obrazloženju presude ne navede pravilno sadržinu usaglašenih navoda veštaka učiniće bitnu povredu odredaba parničnog postupka", dostupno u bazi Intermex, pregledano 15.08.2018.; rešenje Višeg suda u Požarevcu, Gž 273/2016(2014), od 26.02.2016.: "Bez osnova je isticanje u žalbi tuženog da su izostali razlozi o bitnim činjenicama sobzirom da je nejasno da li je tužilac pretrpeo povre-

vedeni u odluci, ako presuda uopšte ne sadrži razloge, ako nisu navedeni razlozi o bitnim činjenicama ili su ti razlozi nejasni ili protivrečni ili ako o bitnim činjenicama postoji protivrečnost između onoga što se u razlozima navodi o sadržini isprava, zapisnika o iskazima datim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika ili izvedenim dokazima,[97] postoji povreda prava na obrazloženu presudu. Ovo je i razlog za izjavljivanje revizije ako se stranka na takav nedostatak već pozivala u žalbi, odnosno ako su učinjene pred drugostepenim sudom.[98]

Direktna je i uslovljenost nepotpuno ili netačno utvrđenog činjeničnog stanja, kao razloga za pobijanje presude žalbom,[99] i potpunog, određenog (konkretnog) i jasnog obrazloženja. Žalbeni sud o postojanju ovog razloga zaključak će izvoditiiz obrazloženja, uz neophodnost konsultovanja spisa pravne stvari,posebno kada odlučuje bez usmene rasprave.[100] Kada je u pitanju pogrešna primena materijalnog prava obrazloženje je ključno za postupanje žalbenog, ali i revizijskog suda.[101] O tome koju materijalnopravnu normu je sud primenio, a onda i da li je pri tome učinjen propust, greška, sud saznaje iz obrazloženja.[102] Deo obrazloženja je i pouka o pravnom leku koja najdirektnije utiče na realizaciju prava na pravni lek.

Takođe, predlog za ponavljanje postupka se, prema odredbi člana 426 t. 10 ZPP, može izjavizi zbog toga što je stranka saznala za nove činjenice ili našla ili stekla mogućnost da upotrebi nove dokaze na osnovu kojih je mogla biti donesena za nju povoljnija odluka, da su te činjenice ili dokazi bili upotrebljeni u rani-

---

du usled ujeda psa lutalice ili napuštenog psa, kako to navodi prvostepeni sud, jer se radi samo o terminološki različitim izrazima, a koji imaju isto značenje, pa su razlozi o bitnim činjenicama jasni i neprotivrečni.", dostupno u bazi Paragraf Lex, pregledano 15.08.2018.; presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 5885/2016, od 11. 05.2016.: "Samo nedostaci presude koji su takve prirode da onemogućavaju ispitivanje njene pravilnosti i zakonitosti predstavljaju bitne povrede postupka, a ne očigledne greške u kucanju.", dostupno u bazi Paragraf Lex, pregledano 15.08.2018.

[97] U odredbi člana 438 stav 2 t. 2 Zakonika o krivičnom postupku, "Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014 nailazimo na formulacije "potpuno nejasni razlozi" i "znatna mera protivrečnosti" koja su, prema našem mišljenju adekvatniji praksi Suda, a prihvatljivi i u parničnom postupku. O objašnjenju navedenih nedostataka videti Goran Ilić, nav. delo, 235-238.

[98] Videti odredbu člana 407 stav 1 t. 2 ZPP.

[99] Videti odredbe članova 373 i 376 ZPP.

[100] Videti odredbu člana 383 ZPP.

[101] Videti odredbu člana 407 stav 1 t. 4 ZPP.

[102] Videti odredbu člana 376 ZPP.

jem postupku, pa obrazloženje daje mogućnost sudu koji postupa po predlogu da utvrdi da li je reč o novim činjenicama i dokazima.[103]

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac
ZORAN PONJAVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

REASONING OF COURT DECISIONS AND THE RIGHT TO A REASONED DECISION

Summary

One of the implicit guarantees of the right to a fair trial adopted in the practice of the European Court of Human Rights is the right to a reasoned decision. In this paper, the author analyzes the theoretical basis of this right, the necessity that the reasoning is complete, specific and clear, as well as the significance of an adequate reasoning of court decisions which can be recognized in clarifying subjective and objective elements of a dispute and the reasons which have led the court to pass a certain decision and in giving the parties the necessary parameters needed to estimate the possibility to contest the decision through a legal remedy, as well as the necessary basis for the control of the court activities by a court of higher instance. The author also presents the standards for the right to a reasoned decision formulated in the practice of the European Court of Human Rights. They can be summarized into a principle that the arguments which are of a decisive significance for the outcome of the case require concrete and explicit (unambiguous) responses in the reasoning, while the assessment of the fulfillment of the standards needs to start from the circumstances of the concrete legal matter and from the specificity of the decision. The court indisputably confirms that this right offers assurance to the parties that their factual arguments have been actually considered which contributes to avoiding arbitrariness and passing of a right decision, as well as allows efficient resorting to legal remedy and ensures transparency of court procedures. The practice of Serbia's Constitutional Court, analyzed in this paper, confirms the acceptance of international standards of the right to reasoned decision. The provisions of the Law on civil procedure referring to the content and significance of the reasoning of a court decision points out to a summary approach of the legislator in regulating the content of the reasoning and the need for adopting theoretical stands which would establish legislative guarantees for the fulfilment of international standards.

[103] O novim činjenicama i dokazima videti Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, nav. delo, str. 514; Siniša Triva, Mihajlo Dika, nav. delo, str. 745-747; Aleksandar Jakšić, Građansko procesno pravo, Beograd, 2010, str. 651-652.

NEVENA PETRUŠIĆ

PRILAGOĐAVANJE PRAVNE POMOĆI POTREBAMA DECE U KONTEKSTU GRAĐANSKOG PRAVOUĐA

UVOD

U skladu sa savremenim konceptom prava deteta,[1] koji je normativno uobličen Konvencijom UN o pravima deteta,[2] dete je autonomni pravni subjekat, titular svih ljudskih prava i sloboda, koje ostvaruje u skladu sa svojom zrelošću i razvojnim sposobnostima. Saglasno tome, detetu pripada i pravo na pravično suđenje, u svim njegovim aspektima. Kao i odrasli, i deca dolaze u kontakt sa pravosudnom sistemom različitim povodima i na različite načine. Ona su stranke u građanskim i administrativnim postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima i interesima, javljaju se kao svedoci, žrtve ili počinioci krivičnih i drugih protivpravnih dela. Suočena sa pravosudnim sistemom, deca su "bačena" u jedan zastrašujući svet odraslih koji ne mogu da razumeju, a sam kontekst dece sa su-

---

Dr Nevena Petrušić, profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu br. III 41018, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

[1] Pregled teorijskih pristupa u konstituisanju prava dece videti u: Vučković Šahović, N. Petrušić, N. Prava deteta, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2016, str. 23-28.

[2] *Convention on the Rights of the Child* iz 1989. (u daljem tekstu KPD). Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, "Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 15/90 i 2/97).

dom može biti izvor trauma, umesto da pozitivno utiče na oblikovanje njihovih života. Zato je za ostvarivanje prava dece na pravično suđenje neophodno prilagođavanje pravosuđa specifičnim potrebama dece.

Nastojanje da se pravosuđe prilagodi potrebama dece rezultiralo je uobličavanjem koncepta "pravosuđa prilagođenog deci" (*Child-friendly justice*),[3] koji odnosi se na sve građanske, krivične i upravne postupke u kojima učestvuje dete, kao i na postupke koji su njihova alternativa, a koje treba sprovoditi na način koji obezbeđuje da sva prava deteta garantovana KPD budu u punoj meri poštovana. Jedna od ključnih komponenti ovog koncepta jeste pravo dece da pod jednakim uslovima pristupe pravdi i efektivno učestvuju u sudskom postupku, što podrazumeva pravo dece na kvalitetnu i deci prilagođenu pravnu pomoć (*Child-friendly legal aid*).

Pregled međunarodnih dokumenata u oblasti prava deteta pokazuje da je u dosadašnjem periodu najveća pažnja posvećena pravu dece na pravnu pomoć u domenu maloletničkog krivičnog pravosuđa.[4] I istraživanja su takođe fokusirana na pružanje pravne pomoći deci koja učestvuju u krivičnim sudskim postupcima. Kada je reč o Srbiji, pažnja zakonodavca je uglavnom bila usmerena na obezbeđivanje adekvatne pravne pomoći deci u sukobu sa zakonom i deci žrtvama i svedocima krivičnih dela,[5] dok je daleko manja pažnja posvećena pružanju prav-

[3] Za označavanje koncepta pravosuđa prilagođenog deci, pored izraza "child-friendly justice", koriste se i izrazi "child-sensitive justice", "justice for children" i "children in contact with the law."

[4] Videti, **šire: Vučković Šahović, N. Maloletničko pravosuđe u međunarodnom pravu, s posebnim** osvrtom na maloletne (mlade) delinkvente, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, broj 2-3, Beograd, 1997, str. 463-478;

[5] U proteklom periodu u Srbiji je proces prilagođavanja pravosuđa deci uglavnom odnosio na krivično pravosuđe, tako da se u ovoj oblasti najdalje odmaklo u uspostavljanju pravosuđa prilagođenog deci, zahvaljujući rešenjima Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnioj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine ("Sl. glasnik RS", br. 85/2005). Šire o tome: Konstantinović Vilić, S. Kostić, M. Zaštita dece i maloletnika prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, u: Trgovina ljudima: pravna zaštita u međunarodnim i nacionalnim okvirima (Predrag Dimitrijević, Miomira Kostić, Saša Knežević, ur.), Niš: Pravni fakultet u Nišu, 2011, str. 207–215; Knežević, S., Maloletničko krivično pravo: materijalno, procesno i izvršno, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2010; Jovašević, D., Položaj maloletnika u novom krivičnompravu Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 45, 3/2008, str. 465–486; Stevanović, I., Milošević, N. Neophodne pretpostavke za primenu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, u: Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi, (Dobrivoje Radovanović, ur.), Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, 2006, str. 487–496.

ne pomoći deci ukoja učestvuju u građanskim sudskim postupcima.[6] Činjenica je, međutim, da su u praksi mnogo češće kršenja prava deteta koja se štite u građanskim sudskim postupcima, tako da deca u njima češće učestvuju nego što je to slučaj sa krivičnim postupkom. Zbog toga postoji potreba da se više pažnje posveti pružanju pravne pomoći deci koja u razlličitim ulogama učestvuju u građanskim sudskim postupcima.[7]

U Srbiji se privodi kraju dogogodišnji rad na uspostvaljenju sistema besplatne pravne pomoći, a najavljene su i izmene Porodičnog zakona kojim su regulisani postupci u porodičnopravnim stvarima u kojima se deca najčešće javljaju kao učesnici. Predstojeće normativne intervencije pružaju priliku da se usvoje savremena zakonska rešenja i pružanje pravne pomoći deci u porodičnopravnim i drugim građanskim sudskim postupcima. U ovom radu razmotreni su savremeni standardi u pravosuđa prilagođenog deci u kontekstu građanskog sudskog postupka i bliže su eleborirani ključni postulati na kojima se temelji pravna pomoć prilagođena deci, uz ukazivanje na primere dobre prakse u komperatvnom pravu.

KONCEPT I ELEMENTI PRAVOSUĐA PRILGOĐENOG DECI

Najjednostavnije rečeno, pravosuđe prilagođeno deci jeste pravosuđe koje je oblikovano "po meri deteta". Sam koncept pravosuđa prilagođenog deci temelji se na ideji ideji da se deci koja dolaze u kontskt sa pravosudnim sistemom mora posvetiti posebna pažnja, što zahteva korenite izmene u samom načinu na koji pravosudni sistemi stupaju u interakciju s decom. U oblikovanju pravosuđa prilagođenog deci primenjuju principi koji osnažuju decu kako bi ostvarili svoja prava, obezbeđuju procenu i minimalizovanje izazova sa kojima se daeca susreću na svakom koraku i u svakom aspektu sudskog postupka.

Standardi pravosuđa prilagođenog deci najdetaljnije su razrađeni u dokumentu Komiiteta ministara Saveta Evrope *Smernice o pravosuđu po meri deteta i komentar sa objašnjenjima uz Smernice*, koji je usvojen 2010. godine.[8] Smernice

[6] Videti: Pravosuđe po meri deteta u Republici Srbiji (Milena Banić, pr.), Centar za prava deteta, Beograd, 2013, str. 5.

[7] O ulogama koje dete može imati u građanskom sudskom postupku, detaljno: Stanković, G. *Procesni položaj deteta u parničnom postupku*, u: Prava deteta u svetu i Jugoslaviji, Beograd, 1997, str. 113.

[8] Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, 17. 11. 2010. https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3, (pristup 1. 6. 2018).

se odnose se na svu decu i na sve situacije u kojima se deca susreću sa nadležnim vlastima u primeni krivičnog, građanskog ili upravnog prava, i tiču se prava dece pre, za vreme i posle sprovedenih postupaka, što je u Smernicama posebno apostrofirano.[9] U Smernicama se navodi da je njihov cilj da u svakom postupku budu u potpunosti poštovana sva prava deteta, uključujući pravo na to da bude informisano, da ima pravnog zastupnika, da učestvuje i da bude zaštićeno u takvim postupcima, da se dužna pažnja posveti nivou njegove zrelosti i sposobnosti da razume postupak, kao i okolnostima samog predmeta. Pri tome, poštovanje prava deteta ne sme da ugrozi prava ostalih učesnika u postupku.

U uspostavljanju pravosuđa prilagođenog deci neophodno je implementirati nekoliko osnovnih principa. Pre svega, potrebno je u punoj meri obezbediti *učešće deteta u postupku*, što podrazumeva da deca budu obaveštena o svojim pravima, da im se ukaže na mogućnost pristupa pravosuđu, da budu konsultovana i saslušana u postupcima u kojima sama učestvuju ili koji na njih utiču. Pri tome decu treba smatrati punim nosiocima prava i tako se prema njima treba ophoditi.[10] Pravosuđe po meri deteta podrazumeva da *najbolji interesi dece* budu osnovna briga u svim stvarima koje ih se tiču ili na njih utiču. Prilikom procene najboljih interesa dece, važno je uzeti u obzir njihove stavove i mišljenja, sva druga prava deteta, kao što je pravo na dostojanstvo, slobodu i jednak tretman. Od nadležnih organa očekuje se da usvoje sveobuhvatan pristup kako bi na odgovarajući način uzeli u obzir sve relevantne interese dece, uključujući psihičko i fizičko blagostanje i pravne, socijalne i ekonomske interese deteta.[11]

Jedan od standarda pravosuđa po meri deteta jeste i *poštovanje dostojanstva deteta*, što podraumeva da se prema deci postupa s pažnjom, osećajno, pravično i s poštovanjem, sve dok traje postupak, kao i da se posebna pažnja posvećuje njihovom ličnom položaju, blagostanju i konkretnim potrebama, uz puno poštovanje njihovog fizičkog i psihičkog integriteta i stroge zabrane mučenja ili nečovečnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja.[12]

Pravosuđe po meri deteta zanovano je na principu zabrane diskriminacije dece; prava dece treba da se štite i ostvaruju *bez ikakve diskriminacije* po bilo kom ličnom svojstvu deteta i njegovih roditelja. U skladu sa principom supstantivne

[9] Videti Poglavlje IV. Smernica.

[10] Poglavlje III. t. A.

[11] Poglavlje III, t. B.

[12] Poglavlje III, t. C.

jednakosti, neophodno je pružiti posenu zaštitu i pomoć *ranjivijoj deci*, u koje su svrstana deca migranti, izbeglice ili deca koja su podnela zahtev za azil, deca bez pratnje odraslih, deca sa invaliditetom, deca beskućnici ili deca sa ulice, romska deca i deca smeštena u ustanove za stacionarni boravak.[13]

Konačno, pravosuđe po meri deteta podrazumeva primenu principa *vladavine prava* na svu decu, u potpunosti, onako kao se ovaj princip primenjuje i na odrasle. Svi elementi ovog principa, kao što su zakonitost, pravično suđenje, pravo na pravni savet, pravo na pristup sudu i pravo na žalbu, treba da budu zajemčeni deci na isti način na koji su zajemčeni odraslima, a ne smeju biti umanjeni ili uskraćeni pod izgovorom najboljih interesa deteta.[14] Pravo na pravično suđenje, koje pripada deci u svim njegovim elementima, podrazumeva pružanje pravne pomoći prilagođene deci.

PRINICPI PRAVNE POMOĆI PRILAGOĐENE DECI

Jedna od ključnih komponenti pravosuđe prilagođenog deci jeste pravo dece da pod jednakim uslovima pristupe pravdi i aktivno učestvuju u sudskom postupku, što podrazumeva pravo dece na (besplatnu) pravnu pomoć. U *Opštem komentaru br. 5: Opšte mere za sprovođenje Konvencije*,[15] Komitet za prava deteta ukazuje da je ključni uslov da prava imaju bilo kakvog smisla postojanje efikasnih pravnih sredstva u slučajevima njihove povrede. Posebno je naglašeno da deca zbog svog posebnog i nesamostalnog položaja suočavaju sa teškoćama u korišćenju pravnih sredstava u slučaju povrede njihovih prava. Zato se od država članica očekuje da obezbede delotvornu i deci dostupnu pravnu pomoć i podršku.[16]

Osnovni postulat pravne pomoći prilagođene deci jeste da decu treba smatrati punim nosiocima prava i tako se prema njima treba ophoditi. U tom kontek-

[13] Poglavlje III, t. D.

[14] Poglavlje III, t. E.

[15] General comment no. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, http://www.refworld.org/docid/4538834f11.html (pristup 7. 6. 2018).

[16] Države su takođe dužne, da obezbede reperaciju, uključujući i obeštećenje, u slučajevima kada se utvrdi povreda prava deteta i, ako je potrebno, preduzimanje mere kojima se obezbeđuje fizički i psihički oporavak, rehabilitacija i reintegracija (par. 24. Opšteg komentara KPD br. 5). Komitet posebno naglašava da ekonomska, socijalna i kulturna prava, koja su deci garantovana, kao i njihova građanska i politička prava, moraju da imaju sudsku zaštitu, te da je od suštinske je važnosti da nacionalni propisi detaljno utvrde prava kojima se obezbeđuju efikasna pravna sredstva u slučaju nepoštovanja (par. 27. Opšteg komentara.

stu deci treba omogućiti korišćenje pravnih sredstava kako bi delotvorno ostvarila svoja prava, što podrazumeva mogućnost da pristupe sudu ako u dovoljnoj meri razumeju svoja prava i da koriste pravne mehanizme zaštite, na osnovu adekvatno pruženih pravnih saveta.[17]

Da bi pravna pomoć bila prilagođena deci, ona mora biti dostupna deci pre, u toku i po okončanju postupaka. Od država se očekuje da svakom detetu, od njegovog prvog uključenja u pravosudni sistem i kontakta s njim ili s drugim nadležnim organima (policija, imigraciono odeljenje, prosvetne vlasti, socijalne ili zdravstvene službe), obezbede pružanje informacija i saveta, koji se tiču njihovih prava i mehanizama za zaštitu prava, kao i o podršci koja im može biti pružana. Informacije i saveti treba da budu pruženi deci na način koji je prilagođen njihovom uzrastu i zrelosti, na jeziku koji ona mogu da shvate i koji je rodno i kulturno osetljiv.[18] S druge strane, deci treba priznati pravo na besplatnu pravnu pomoć, uključujući i zastupanje, pod istim uslovima kao i odraslima ili pod povoljnijim uslovima u odnosu na odrasle.[19]

Korisnik pravne pomoći je dete, a neposredno se pruža samom detetu i njegovim roditeljima/staratelju. Od osoba koje zastupaju decu očekuje se da decu tretiraju kao svoje punopravne klijente koji imaju svoja prava, te da u postupcima iznose njihovo mišljenje. Njihova je dužnost da detetu pruže sve neophodne informacije i objašnjenja u vezi s mogućim posledicama iznošenje stavova i/ili mišljenja deteta.[20] Saglasno tome, davanje informacija roditeljima ne može biti alternativa davanju informacija detetu.[21] Posebno je naglašena potreba postavljanja nezavisnog zastupnika[22] u postupcima u kojima postoji sukob interesa između deteta i roditelja ili drugih zainteresovanih strana.[23]

---

[17] Poglavlje IV, t. A. par. 34 Smernica.

[18] Poglavlje IV, t. A. par. 2. Smernica

[19] Poglavlje IV, t. A. par. 38. Smarnica.

[20] Poglavlje IV, t. A. par. 40. Smernica.

[21] Poglavlje IV, t. A. par. 3. Smernica.

[22] Poglavlje IV, t. A. par. 42. Smernica.

[23] Nezavisna pravna reprezentacija deteta predstavlja jedno od posebnih dečijih prava, koje izvire iz čl. 12. Konvencije o dečijim pravima. Eksplicitne odredbe o ovom pravu sadržane su u čl. 4. Evropske konvencije o ostvarivanju dečijih prava iz 1996. (*European Convention on the Exercise of Childrens' Rights,* Council of Europe, ETS No. 160), prema kojima dete ima pravo da, lično ili posredstvom drugih lica ili tela, traži postavljanje specijalnog zastupnika u postupku koji ga se tiče, kada, prema odredbama nacionalnog prava, nosioci roditeljske odgovornosti, zbog konflikta interesa, ne mogu da zastupaju dete. Istraživanja pokazuju da su prilikom normativne konkretizacije

Deo standarda pravne pomoći prilagođene deci tiče se kompetencija osoba koje pružaju pravnu pomoć. Od pravnih profesionalaca koji pružaju pravnu pomoć očekuje se da budu obučeni i upoznati sa pravima dece i pitanjima koja se na njih odnose, da imaju stalnu i temeljnu obuku i da budu obučeni da komuniciraju s detetom na njegovom nivou razumevanja.[24] Oni moraju biti u punoj meri usredsređeni na prava, potrebe i interese deteta, posvećujući dužnu pažnju nivou zrelosti i razumevanja deteta. S druge strane, sva stručna lica koja rade s decom i za decu treba da dobiju odgovarajuću neophodnu interdisciplinarnu obuku o pravima i potrebama dece različitih starosnih grupa, kao i o postupcima koji su prilagođeni deci.[25]

PRILAGOĐAVANJE PRAVNE POMOĆI DECI U DRŽAVAMA EU

Sve države EU ratifikovale su KPD i u svojim perodičnim izveštajima o sprovođenju KPD izveštavaju o zakonodavnim i drugim merama koje preduzimaju na planu implementacije standarda pravosuđa po meri deteta. Sadržina ovih izveštaja, kao i zaključna zapažanja koje Komitet za prava deteta upućuje državama, pokazuje da su države EU posvećene prilagođavanja pravosuđa potrebama dece, uključujući i prilagođavanje pravne pomoći koja se deci pruža. Iako su zakonodavne i druge mere koje države EU preduzimaju su različite, što je uslovljeno razlikama u društvenom, političkom i pravnom kontekstu, sve države svoje pravosudne sisteme prilagođavaju potrebama dece u skladu sa principima utvrđenim *Agendom EU o pravima deteta* iz 2011. godine.[26] Zaštita prava deteta je odgovornost država članica EU, ali su njeni okviri i standardi postavljeni *postavljeni Poveljom Evropske unije o osnovnim pravima* iz 2000. godine,[27] kojom su po prvi put u EU na sveobuhvatan način garantovana politička i socijalna prava.

---

prava deteta na nezavisno zastupanje u uporednom pravu nastali različiti modeli institucije nezavisnog zastupanja deteta. Šire: Petrušić, N., Zastupanje deteta u parnici, u: Pravni život. Tematski broj, Pravo i humana budućnost. – Beograd : Udruženje pravnika Srbije, 2006. – Br. 10, tom 2 (2006), str. 169–192.

[24] Poglavlje IV, t. A. par. 39. Smernica.

[25] Poglavlje IV, t. A, par. 14. Smernica.

[26] EU Agenda for the Rights of the Child (COM/2011/0060 final), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0060&from=en (pristup 1. 7. 2018)

[27] *Charter of fundamental rights of the European Union* (2000/C 364/01). http://www.europarl.europa.eu/ charter/pdf/text_en.pdf (pristup 1. 7. 2018). U čl. 24 propisano je, pored ostalog: " Deca imaju pravo na zaštitu i negu koje su neophodne za njihovu dobrobit. Ona mogu slobodno da izražavaju svoje mišljenje. Takvo mišljenje će biti uzeto u obzir u stvarima koje ih se tiču, u skladu

Za promociju i zaštitu prava deteta u državama članicama, kao i državama koje su u procesu pridruživanja EU, značajnu pomoć pružaju, pore napred navedenih *Smernica o pravosuđu prilagođenom deci* i *Smernice EU o promociji i zaštiti prava deteta* iz 2017. godine.[28]

Kada je reč o pravnoj pomoći deci u prekograničnim pravnim stvarima, od značaja su zajednički standardi utvrđeni *Direktivom 2002/8/EC od 27. februara 2003. godine o unapređenju pristupa pravdi u prekograničnim sporovima putem utvrđivanja mimimuma zajedničkih pravila koja se odnose na pravnu pomoć u takvim sporovima.*[29] Međutim, ovi standardi važe samo u prekograničnim građanskopravnim stvarima, uključujući i porodične stvari, dok se u domicilnim pravnim stvarima u državama EU primenjuju nacionalne šeme pravne pomoći. Smernice o pravosuđu prilagođenom deci ne pružaju izričito uputstvo nacionalnim zakonodavcima da obezbede besplatnu pravnu pomoć deci i ocenjuje se da je to jedan od nedostataka Smernica.[30] U par. 37. *Smernica* samo je naglašeno da deca treba da imaju "pravo na vlastitog pravnog zastupnika, koji će delovati u njihovo ime, u postupku u kome postoji ili bi mogao da postoji sukob interesa između deteta i roditelja ili drugih zainteresovanih strana, ali u pogledu besplatne pravne pomoći, navedeno je da deca treba da joj imaju pristup pod istim uslovima kao i odrasli ili pod povoljnijim uslovima od odraslih.

Istraživanje koje je 2015. godine sprovela Agencija EU za fundamentalna prava, u saradnji sa Evropskom komisijom prikupljajući podatke o primeni kon-

sa njihovim uzrastom i zrelošću. 2. U svim postupcima koji se odnose na decu, bilo da ih sprovode državni organi ili privatne ustanove, prvenstveno se uzimaju u obzir najbolji interesi deteta.

[28] EU guidelines on the Promotion and Protection of the Rights of the Child, 10. december 2007, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/? uri=URISERV%3Al33604 (pristup 1. 7. 2017).

[29] *Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes,* Official Journal L 26, 31/1/2003. http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj_l26_20030131_en.pdf. Na osnovu Corrigendum to Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes (Official Journal of the European Communities L 26of 31 January 2003), ova Direktiva nosi novi broj Council Directive 2003/8/EC. http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/oj_l032_20030207_en.pdf.

[30] Liefaard, T. Child-friendly justice: protection and participation of children in the justice system, Temple law review, vol. 88, p. 925. https://www.templelawreview.org/lawreview/assets/uploads/2016/08/Liefaard-88-Temp.-L.-Rev.-905.pdf (pristup 1. 6. 2018).

cepta pravosuđa prilagođenog deci u 10 država članica EU,[31] pokazuju da ostvareni rezultati nisu svuda isti, na šta utiču brojni faktori, među kojima ključnu ulogu ima sam odnos društva prema deci, razumevanje savremenog koncepta prava deteta, opšte stanje u pravosuđu, ali i razlike u pravnoj kulturi i nivou ekonomske razvijenosti. Opšta je ocena da su učinjeni pozitivni pomaci, da ima dosta primera dobre prakse, ali da ima i dosta prazunina i slabosti, tako da, generalno posmatrano, deci koja učestvuju u građanskim sudskim postupcima još uvek nije obezbeđena dovoljna podrška, a sam način rada i okruženje nisu u potrebnoj meri prilagođeni potrebama dece, posebno kada je u pitanju pravo deteta da dobije potrebna obaveštеje o postupku kako bi ga razumelo.

Radi ilustracije navodimo neke primere dobre prakse u pružanju pravne pomoći deci, razvijene u pojedinim državama EU. U Belgiji i Nemačkoj, na primer, dete ima pravo na besplatnu pravnu pomoć i zastupanje u svim postupcima iz porodičnih odnosa.[32] U Francuskoj dete ima pravo da traži besplatne pravne savete, kao i pravo da traži besplatno advokatsko zastupanje, bez obzira na to što ga zastupa roditelj, odnosno staratelj, a sudije su dužne da dete o tome informišu i omoguće mu da izabere advokata već prilikom prvog kontakta sa detetom. Pravo deteta na besplatne pravne savete priznaje i škotsko pravo, s tim što je deci starijoj od 16 godina priznato i pravo na besplatno advokatsko zastupanje. U Estoniji, Francuskoj i Škotskoj pravo na besplatnu pravnu pomoć imaju sva deca, bez obzira na to kakvu ulogu imaju u postupku.[33]

U austrijskom pravu sud je dužan da proceni sposobnost deteta da razume svoja prava u postupku i da, ukoliko oceni da je potrebno, pre njegovog saslušanja, uputi dete na besplatno pravno savetovanje, kao i da detetu starijem od 14 godina koje nema advokata odredi besplatnog advokata radi izjavljivanja revizije. Imenovani advokat je dužan da saradnjuje sa "licem za podršku" ("*Kinderbeistand*"), koje sud takođe može odrediti detetu.[34]

---

[31] European Union Agency for Fundamental Rights, Child-friendly justice Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015. Dostupno na: http://fra.europa.eu/sites/ default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly-justice-children-s-perspective_en.pdf (pristup 1. 6. 2018)

[32] *Ibid.*

[33] *Ibidem.*

[34] O tome šire, videti: Petrušić, N. Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2013. br. 65 str. 161-180.

U Ujedinjenom Kraljevstvu (Engleska i Vels) razvijen je tzv. "tandem-model", čija se osnovna ideja ogleda se u tome da reprezentaciju deteta u sudskom postupku ostvaruju dva stručnjaka sa komplementarnim ulogama: *Guardian ad litem*, koga postavlja sud, obično nezavisan socijalni radnik, čiji je zadatak da utvrdi okolnosti pod kojima dete živi, istraži sve relevantne činjenice i utvrdi želje i potrebe deteta, i pravni stručnjak (*Advocate*), koga imanuje *Guardian ad litem, a koji* zadužen za pravno savetovanje i preduzimanje procesnih radnji.[35]

Sličan "tandem model" postoji i u Finskoj. Uvek kada zbog sukoba interesa roditelji ne mogu da zastupaju dete u postupku, sud detetu postavlja staratelja, koji je profesionalac u domenu socijjalne zaštite, kao i pravnog savetnika.

Kada je reč o standardima koji se tiču profesionalnih kompetencija pravnih profesionalaca koji pružaju pravnu pomoć deci, u pravnom sistemu Estonije, Španije, Franciske, Engleske i Velsa država za sve profesionalce koji rade sa decom, uključujući i dečije advokate, obezbeđuje adekvantnu multidisciplinarnu obuku, što je deo izgradnje kapaciteta za implementaciju pravosuđa prilagođenog deci. Ipak, u nekim državama, kao što su Rumunija i Bugarska, programe obuke zglavnom sprovode međunarodne i lokalne nevladne organizacije, kao i pojedine visokoškolske ustanove. U pojedinim državama sprovode se zajednički programi obuke u domeu krivičnog i građanskog sudskog postupka (na primer, u Finskoj), dok se u nekim državama sprovode posebni programi za svaki od postupaka.[36] Postoje razlike i u poledu sadržine i trajanja programa obuke, ali ključne teme su uglavnom iste i odnose se na metode vođenje ragovora i komunikacije sa decom, psihologiju i razvoj deteta, prava deteta, posebno prava deteta u slučajevima razdvajanja i ravoda roditelja i nasilja u porodici i dr.

[35] U praksi, ovi stručnjaci redovno odrežavaju interdisciplinarne sastanke, na kojima evaluiraju rad, razmenjuju informacije i pripremaju dalje aktivnosti. (Detaljno: Peters, J. K. The Lawyer for Children at the Interdisciplinary Meeting, Child Maltreatment, Vol. 2, No. 3. August 1997, pp. 226-244. Praksa je pokazala da ovaj model izuzetno uspešan (Salgo, L. Representing Children in Civil Protection Proceedings, Lessons from a Comparative Study of Systems Operating in USA, Australia, France, Germany and England and Wels, Representing Children, Vol. 10, No. 4, pp. 230-233). Šire, o modelu: Petrušić, N. Zastupanje deteta Zastupanje deteta u parnici, Pravni život, Tematski broj, Pravo i humana budućnost,Beograd: Udruženje pravnika Srbije, 2006, br. 10, tom 2 str. 169-192.

[36] European Union Agency for Fundamental Rights, Child-friendly justice Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States. p. 101.

Praksa, međutim, pokazuje da u pojedinim državama (na primer, u Hrvatskoj, Bugarskoj Poljskoj io Rumuniji) obuke nisu dovoljno konzisnentne, da profesionalci nisu adekvatno motivisani da u njima učestvuju, kao i da je relativno malo programa kontinuirane obuke.[37] Primer dobre prakse pruža pravni sistem Francuske, u kome je obezbeđena kontinuirana obuka i razmena iskustava i međusobna podrška pravnih profesionalaca. Česti su i multisektorski sastanci i razmena iskustava profesionalaca koji rade na slučajevima zlostavljanja dece. Asocijacija advokatskih komora Francuske razvila je i odobrila program obuke za advokate, koji se sprovodi u lokalnim advokatskim komorama.[38]

Prilagođavanju postupka potrebama dece značajno doprinose i standardi u pogledu dužnosti pravnih zastupnika da pruže detetu relevantne informacije na detetu razumljiv način, kao i standardi o načinu ophođenja prema deci pre, u toku i po okončanju sudskog postupka. Koristan putokaz pruža *Kontrolna lista* za profesionalce, koju je 2017. izradila Agencija EU za fundamentalna prava,[39] sa ciljem pravnim i drugim stručnjacima pomogne u primeni standarda pravosuđa po meri deteta. Pored ostalog, na Kontrolnoj listi je i pitanje o načinu informisanja deteta o samom sudskom postupku, uz ukazivanja da se informacije pružaju usmeno ili pismeno, iz korišćenje vizuelnih materijala, da ne potrebno da budu prilagođenje uzrastu i zrelosti deteta, nivou razumevanja i eventualnim teškoćama koje dete ima u komunikaciji. U pogledu pripreme deteta za saslučanje pred sudom, Kontrolna lista sadrži uputstva za proveru informisanosti deteta o njegovim pravima i suštini saslušanja, o očekivanjima koje dete ima, uz obavezu da se sa detetom razgovara o njegovim pogledima, željama i zabrinutostima u vezi s postupkom.[40]

PRILAGOĐAVANJE GRAĐANSKOG PRAVOSUĐA POTREBAMA DECE U SRBIJI: ISKUSTVA I IZAZOVI

Republika Srbija je članica svih osnovnih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, uključujući i Konvenciju o pravima deteta. Koncept prava deteta počeo je da se ugrađuje u normativni sistem Srbije posle političkih promena

[37] *Ibid.*

[38] *Ibidem.*

[39] Child-friendly justice - Checklist for professionals, http://fra.europa.eu/en/publication/2018/child-friendly-justice-checklist-professionals (pristup 1.6.1018).

[40] *Ibid.*

2000. godina, čemu je snažan podsticaj dao Ustav Republike Srbije iz 2006. godine[41], kojim je po prvi put u ustavnoj istoriji Srbije deci garantovano pravo na uživanje ljudskih prava primereno uzrastu i duševnoj zrelosti, kao i niz posebnih građanskih, političkih, ekonomskih i socijalnih prava. [42] Saglasno tome, deci pripadaju i pravo na pravično suđenje, garantovano čl. 32. Ustava, kao i pravo na pravu pomoć garantovano čl. 67. Ustava. Da bi deca uživala ova prava, država je dužna celokupan pravosudni sistem prilagodi pravima, potrebama i interesima dece.

U proteklom periodu u Srbiji je proces prilagođavanja pravosuđa deci uglavnom odnosio na krivično pravosuđe, tako da se u ovoj oblasti najdalje odmaklo. To važi i kada je u pitanju prilagođavanje pružanja pravne pomoći deci izvršiocima i žrtvama krivičnih dela. Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnioj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine, koji je zasnovan na principu restorativne pravde, propisano je, pored ostalog, da dete prema kome se postupak vodi mora imati branioca od prvog saslušanja, kao i tokom čitavog postupka, a ako ga dete ili njegov zakonski zastupnik, odnosno srodnik ne uzmu, sudija je dužan da postavi branioca po službenoj dužnosti. Branilac može biti samo advokat koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih.[43] I dete koje se u krivičnom postupku javlja kao oštećeni mora imati punomoćnika,[44] pri čemu nisu propisani posebni uslovi u pogledu njegovih stručnih kompetencija.

U pogledu pružanja pravne pomoći deci koja učestvuju u građanskim sudskim postupcima, relevantni su propisi o zastupanju sadržani u *Porodičnom zakonu* iz 2005.[45] i *Zakonu o parničnom postupku* iz 2016.[46] Prema PZ, dete u sudskim i administrativnim postupcima zastupaju njegovi roditelji, odnosno staratelj, a samo u slučaju konflikta interesa postoji mogućnost da centar za socijalni rad, odnosno sud detetu postave kolizijskog zastupnika. Naime, u čl. 265. st. 2. PZ

[41] "Sl. glasnik RS", 98/2006.

[42] Šire: Vučković Šahović, N. Petrušić, N. *op. cit*., str. 63.

[43] Čl. 49. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.

[44] Čl. 154. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.

[45] "Sl. glasnik RS", 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015 (u daljem tekstu: PZ).

[46] "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014 (u daljem tekstu: ZPP).

propisano je da dete starije od 10 godina, pod uslovom da je sposobno za rasuđivanje, može samo ili preko drugog lica ili ustanove tražiti od organa starateljstva[47] da mu postavi kolizijskog staratelja. Pored toga, u čl. 266. st. 2. PZ propisano je da dete može zatražiti od suda da mu postavi privremenog zastupnika, pod istim uslovima i na isti način na koji može tražiti postavljanje kolizijskog staratelja, a sam sud je dužan da po službenoj dužnosti detetu postavi privremenog zastupnika ako u toku postupka proceni da dete kao stranka nije zastupano na "odgovarajući način".[48] Za kolizijskog staratelja detetu centar za socijalni rad može postaviti svako lice koje ispunjava uslove za staratelja,[49] nezavisno od njegovih kvalifikacija i stručnog profila, dok sud postavlja detetu privremenog staratelja isključivo iz reda advokata.[50]

Pored preduzimanja procesnih radnji, kolizijski zastupnik deteta ima u postupku i specifične zadatke u vezi sa formiranjem i slobodnim izražavanjem mišljenja deteta:[51] stara se da dete koje zastupa dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna, pruža detetu sva neophodna objašnjenja koje se tiču mogućnih posledica radnji koje on preduzima i prenosi sudu mišljenje deteta, ako dete nije lično i neposredno[52] izrazilo svoje mišljenje pred sudom.[53] Iako su za uspešno ostvarivanje ovih složenih zadataka potrebna mnoga specifična znanja i veštine, kao i razumevanje samog koncepta prava deteta, ne postoje bilo kakvi uslovi u pogledu kompetencija koje zastupnici deteta treba da ispunjavaju.

---

[47] Prema čl. 12. PZ, poslove organa starateljstva obavlja centar za socijalni rad.

[48] O tome šire: Petrušić, N. Zastupanje deteta u parnici, Pravni život, Tematski broj, Pravo i humana budućnost, Beograd, Udruženje pravnika Srbije, 2006, br. 10, tom 2 (2006), str. 169-192; Petrović, M., Stavenović, I., Jović, S., Veljković, L., Radulović, S., Kako do pravosuđa po meri deteta, Položaj deteta u građanskim sudskim postupcimau Republici Srbiji – poštovanje i ostvarivanje prava na participaciju i najbolje interese deteta u sudskim postupcima, Beograd: Centar za prava deteta, 2015, str. 15-21.

[49] Čl. 126-128. PZ.

[50] Čl. 79. ZPP, koji se shodno primenjuje.

[51] Čl. 267. PZ.

[52] Prema čl. 65. st. 4. PZ, dete ima pravo da lično i neposredno izrazi svoje mišljenje pred sudom samo pod uslovom da je starije od 10 godina.

[53] Ukoliko detetu nije postavljen kolizijski staratelj, odn. privremeni zastupnik, sve ove zadatke treba da ispuni sud (čl. 266. st. 3. PZ). O ostvarivanju prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja, detaljno: Petrušić, N. Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije, u Novine u porodičnom zakonodavstvu, Niš, Pravni fakultet, 2006, str. 99-118.

Kada je u pitanju besplatna pravna pomoć deci u građanskim postupcima, njeno pružanje nije na adekvatan način regulisano, niti postoji celovito uređen sistem pružanja besplatne pravne pomoći, s obzrom da Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći još uvek nije usvojen. *Zakonom o lokalnoj samoupravi*[54] predviđeno je da opština organizuje službu pravne pomoći građanima, dok je *Zakonom o advokaturi*[55] predviđeno je da advokatska komora može organizovati pružanje besplatne pravne pomoći građanima na teritoriji osnovnog suda.[56] Pored toga, ZPP propisano je da stranci u sudskom postupku, koja je zbog slabog imovnog stanja oslobođena prethodnog plaćanja troškova postupka, može, na njen zahtev, biti postavljen besplatni punomoćnik, ako je to nužno radi zaštite prava stranke, odnosno ako je to propisano posebnim zakonom.[57] Saglasno tome, sud može detetu obezbediti besplatnog punomoćnika samo ako ono formalno ima položaj stranke u postupku, pod uslovom da je usvojen njegov zahtev za oslobođenje od prethodnog plaćanja troškova postupka.

Analiza rešenja sadržanih u poslednjoj verziji Nacrta Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2018. godine[58] pokazuje da su deca prepoznata kao ranjiva grupa kojoj treba priznati privilegovan status u pogledu ostvrivanja prava na besplatnu pravnu pomoć. Međutim, dometi prava dece na besplatnu pravnu pomoć prilično su suženi. Naime, deca, kao i odrasli, mogu biti korisnici besplatne pravne pomoći pod opštim uslovima i kriterijumima sadržanim u čl. 4. st. 1. tač. 1. i 2. NZBPP, prema kojima se pravo na besplatnu pravnu pomoć priznaje samo onim licima koja ispunjavaju uslove za ostvarivanje prava na novčanu socijalnu pomoć ili prava na dečiji dodatak. Ovi uslovi su isuviše rigorozni jer su rigorozni i sami uslovi za ostvrivanje prava na novčanu socijalnu pomoć, odnosno dečiji dodatak.[59]

---

[54] "Sl. glasnik RS", br. 129/07, čl. 20. tačka 31.

[55] Sl. glasnik RS", br. 31/2011 i 24/2012 - odluka US.

[56] Član 73. Zakona o advokaturi.

[57] Član 170. ZPP.

[58] Dostupan na: https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php (u daljem tekstu: Nacrt ZBPP).

[59] U prilog tome govori podatak da je u 2015. godini samo 105.064 lica ostvarilo pravo na novčanu socijalnu pomoć, koji čine tek 3,7% od ukupnog broja populacije, kao i podatak da je dečiji dodatak koristilo 297.987 dece, a uvećani dečiji dodatak 7.271 dete. Republički zavod za statistiku, DevInfo, Srbija, http://devinfo.stat.gov.rs/ SerbiaProfileLauncher/files/profiles/sr/1/DI_Profil_Republika%20Srbija EUR SRB.pdf (pristup 1. 6. 2018). Na takav zaključak upućuje i podatak da je tokom 2013. godine samo 36% dece i mladih uzrasta 15-19 godina koji žive u po-

S druge strane, deci se, po osnovu samog njihovog statusa, u određenim pravnim stvarima može pružiti besplatna pravna pomoć i kada se ispunjavaju opšte uslove za priznavanje ovog prava, ali je ova mogućnost prilično ograničena. Izvor ograničenja su odredbe čl. 4. st. 2. tač. 1. NZBPP, prema kojima detetu može biti priznato pravo na besplatnu pravnu pomoć samo ako je u pitanju postupak pred državnim organom i organom javne vlasti u kome se odlučuje o pravu, obavezi ili interesu deteta zasnovanom na zakonu.[60] Prema tome, ako je reč o pravima, obavezama i interesima deteta za čije je ostvarivanje i zaštitu nadležan sud, dete nema mogućnost da po osnovu svog statusa ostvari pravo na besplatnu pravnu pomoć. Od ovog pravila ima, međutim, nekoliko izuzetaka koji omogućavaju da se deci (kao i odraslima) pruži besplatna pravna pomoć u pojedinim sudskim i drugim postupcima.[61] Ovi izuzeci se zapravo odnose samo na decu izbeglice, odnosno decu pod subsidijarnom zaštitom i decu koja pripadaju kategoriji interno raseljenih lica (čl. 4. tač. 7), decu zaštićena uslugom smeštaja u sistemu socijalne zaštite (čl. 4. tač. 9) i decu i mlade koji su napustili uslugu socijalnog smeštaja, a nemaju više od 26 godina (čl. 4. tač 10). Kada su u pitanju deca koja ne pripadaju ni jednoj od navedenih kategorija, njihova mogućnost da dobiju besplatnu pravnu pomoć radi sudske zaštite prava znatno je sužena jer u tom slučaju moraju ispunjavati opšte uslove koji se tiču imovnog stanja.

Imajući u vidu da se mnoga prava deteta štite i ostvaruju u sudskim postupcima, čini se da bi svoj deci trebalo priznati pravo na besplatnu pravnu pomoć, nezavisno od imovnog stanja porodice, za sve one postupke u porodičnim stvarima na čije su pokretanje zakonom ovlašćena, tj. aktivno procesno legitimisana. Takav pristup pokazao bi da se uvažava specifična pozicija deteta, njegov nesmo-

rodicama izloženim riziku od siromaštva ostvarilo pravo na novčanu socijalnu pomoć, odnosno dečiji dodatak (Vujackov, 2013,) dostupno na http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/wp-content/uploads/2016/09/SILC_006_Sanja-Vujackov_Profili-siromastva-i-materijalne-deprivacije-u-Republici-Srbiji-u-2013.-godini.pdf (pristup 1. 6. 2018).

[60] Videti čl. 4. st. 2. tač. 1. Nacrta ZBPP.

[61] Radi se o sledećim postupcima: postupci koji se odnose na izvršavanje mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja deteta u zdravstvenoj ustanovi ili zaštitne mere obaveznog psihijatrijskog lečenja (čl. 4. tač. 2), postupci u kojima se ostvaruje pravo na zaštitu od nasilja u porodici (čl. 4. tač. 4), od torture ili trgovine ljudima (čl. 4. t. 5), kao i postupci vezani za sticanje azila (čl. 4. tač. 6).

stalni položaj i finansijska zavisnost, i ima u vidu činjenica da pravo na pristup pravdi pripada deci u svim njegovim elementima.[62]

Pravna pomoć prilagođena deci podrazumeva da su pružaoci pravne pomoći obučeni za rad sa decom i upoznti sa konceptom prava deteta. Da bi besplatna pravna pomoć koja se pruža deci bila prilagođena njihovim potrebama, bilo bi potrebno da se budućim Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći, kao poseban uslov za pružanje besplatne pravne pomoći deci, propiše obavezna specijalizacija svih onih koji se javljaju kao pružaoci besplatne pravne pomoći ovoj kategoriji korisnika. Trebalo bi propisati da se ova specijalizacija ostvaruje obaveznim pohađanjem odgovarajuće obuke, čiji bi program utvrđivalo nadležno ministarstvo, a koji bi obezbedio edukaciju pružalaca besplatne pravne pomoći o pravima i potrebama dece različitog uzrasta i njihovo osposobljavanje za komunikacuju sa decom, uvažavenje potreba dece, njihove zrelosti i razvojnih sposobnosti.

ZAKLJUČAK

Pravna pomoć prilagođena potrebama dece ključni je elemenat pravosuđa po meri deteta. Jednak pristup pravdi i delotvornu zaštita prava deteta u građanskim postupcima nije moguće ostvariti bez uspostavljanja funkcionalnog i održivog sistema pravne pomoći koji je u svim aspektima prilagođen dec. Istraživanja pokazuju da u Srbiji još uvek nije uspostavljen adekvatan pravni okvir za pružanje pravne pomoći deci u domenu građanskih postupaka. Postoje brojne normativne i faktičke prepreke koje deci otežavaju pristup pravnoj pomoći, a neizvesnost postoji i u pogledu obima i sadržine pravne pomoći na koju dete ima pravo, uključujući i pravo na besplatnu pravnu pomoć. Nije uspostavljen sistem kontrole kvaliteta pravne pomoći koja se deci pruža, niti su uspostavljeni adekvatni standardi rada pružalaca pravne pomoći. Zabrinjavajuće je da se kao pružaoci pravne pomoći mogu javiti osobe koje nemaju adekvatna znanja u oblasti prava deteta, niti su posebno edukovani za komunikaciju i rad sa decom, što su osnovni preduslovi da pravna pomoć bude prilagođena pravima, interesima i potrebama dece.

U Srbiji je u toku rad na uspostavljanju delotvornog i održivog sistema besplatne pravne pomoći kao i rad na noveliranju Porodičnog zakona, što pruža priliku da se implementiraju standardi i postulati koncepta pravne pomoći prilagođene deci. To, pre svega, podrazumeva stvaranje uslova da svako dete ima

[62] Videti: Petrušić, N. Ranjive grupe i besplatna pravna pomoć, u: Besplatna pravna pomoć (ur. Stanko Begatović, Milica Kolaković-Bojović), Beograd: Ministarstvo pravde, 2017, str. 288.

efektivan pristup kvalitetnoj pravnoj pomoći, uključujući i besplatnu pravnu pomoć. Pružanje pravne pomoći mora biti organizovano tako da obezbedjuje pravnu pomoć koja u potpunosti štiti prava deteta, koja je prilagođena situaciji u kojoj se dete nalazi, njegovim ličnim karakteristikama, kao i razvojnim sposobnostima. Ostvarivanje ovog cilja zahteva da pružaoci pravne pomoći deci-klijentima budu specijalizovani za obavljanje ove delikatne i kompleksne delatnosti i postpuno nezavisni u ostvarivanju svoje funkcije.

NEVENA PETRUŠIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

ADJUSTING LEGAL ASSISTANCE TO THE NEEDS OF CHILDREN WITHIN THE CONTEXT OF CIVIL JUSTICE

Summary

In accordance with the contemporary concept of the child rights, normatively shaped by UN Convention on the Rights of the Child, the child is an autonomous legal entity, the title holder of all human rights and freedoms, exercised in accordance with his/her maturity and developmental capacities. Accordingly, the child is given the right to fair trial, in all its aspects. Like the adults, the children come into contact with judicatory system in various circumstances and in different ways. Faced with the judicatory system, children "are thrown" in one fearful world of the adults, which they cannot understand. For that reason, in order the children exercised the right to fair trial, it would be necessary to adjust the judicature to specific needs of children. One of the key components of the children adjusted judicature concept is the right of children to acess justice under the same conditions and participate effectively in the court proceedings, that implying the right of children to to quality and children adjusted legal assistance. In the International level, the process of judicature standardization adjusted to children is, generally, rounded. In the last few years, many states achieved enviable results in the plan of adjusting the civil justice to the needs of children, that confirmed by many examples of good practices related to rendering legal assistance to children in civil court proceedings. In Serbia, there has not been established an adequate legal framework yet for rendering legal assistance and advocating for children in family and other civil legal matters. On the state level, there has not been established yet the comprehensive, functional and sustainable system of free legal assistance, which takes into account some specific right protection needs of children, as a vulnerable social group ensuring additionally their legal empowerment. The Draft Law on Free Legal Assistance recognizes that children, as particularly vulnerable group, should be acknowledged a privileged status, in terms of exercising the right to free legal assistance, but it quite narrows the rights of children to free legal assistance and does not provide conditions for rendering quality and children adjusted legal assistance.

RASTKO NEŠKOVIĆ

ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

– Visina novčane naknade kao merilo delotvornosti –

U V O D

Dugo trajanje sudskih postupaka predstavlja čest problem pravosuđa velikog broja država u Evropi. Različiti faktori mogu odlučujuće uticati na pojavu i obim datog problema. Izostanak odgovarajućih zakonskih rešenja, naročito u procesnopravnoj materiji, nedostatak finansijskih sredstava, neprimerena teritorijalna organizacija pravosudnih organa, nedovoljan broj nosilaca pravosudnih funkcija i nedovoljan broj zaposlenih u pravosudnim organima samo su neki od uzroka koji dovode do povećanja broja predmeta u kojima duži niz godina nije pravosnažno odlučeno, ili je do pravosnažnog okončanja došlo nakon višegodišnjeg trajanja postupaka.

Kod nas, značaj prava na suđenje u razumnom roku i potreba njegove zaštite na nacionalnom nivou dolazi do izražaja nakon pristupanja Republike Srbije Savetu Evrope i ratifikacije Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija). Važno je istaći da je u preko stotinu predmeta u odnosu na Republiku Srbiju, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) utvrdio povredu prava iz člana 6. stav 1. Konvencije iz razloga prete-

---

Rastko Nešković, samostalni savetnik, Državno pravobranilaštvo, Odeljenje za zastupanje Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava.

rano dugog trajanja postupka. Značajan napredak je ostvaren na planu prevazilaženja problema dugog trajanja sudskih postupaka, međutim, još uvek se ne može dati generalna ocena da je postupanje sudova u Republici Srbiji ažurno. Uzimajući u obzir rasprostranjenost navedenog problema i učestalost obraćanja Sudu tim povodom, naročiti značaj dobija kvalitet zaštite prava na suđenje u razumnom roku na nacionalnom nivou. Iz odredbe člana 32. stav 1. Ustava zaključuje se da je pravo na suđenje u razumnom roku zajemčeno u sklopu prava na pravično suđenje. Sve do 2013. godine, u Republici Srbiji se zaštita prava na suđenje u razumnom roku mogla ostvariti isključivo podnošenjem ustavne žalbe Ustavnom sudu na osnovu člana 170. Ustava.

Međutim, primarnu zaštitu svih ljudskih prava zajemčenih Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima moraju obezbediti redovni sudovi, s obzirom da takvu obavezu propisuje član 22. Ustava kojim je propisano da svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom.[1] U tom smislu, valja naglasiti da je prvo donet Zakon o izmenama i dopunama Zakona o uređenju sudova ("Službeni glasnik RS", broj 101/13), kojim je uveden zahtev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, a potom je donet Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku ("Službeni glasnik RS", broj 40/15) kojim je predviđena kombinacija pravnih sredstava namenjenih zaštiti datog prava.

U kontekstu zaštite ljudskih prava na evropskom kontinentu, odnosno u državama članicama Saveta Evrope, pravo na suđenje u razumnom roku vezuje se za član 6. stav 1. Konvencije. Ono predstavlja jedno od osnovnih prava koje uživa zaštitu pred Sudom te je sudska praksa najdragoceniji izvor prava u ovoj oblasti. Naime, Sud je vremenom razvio određene kriterijume prema kojima se procenjuje razumnost dužine trajanja postupka, a čija primena zavisi od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.[2] U pravnoj teoriji nema jedinstvene definicije prava na suđenje u razumnom roku.

Shodno navedenom, zaključuje se da je pitanje prava na suđenje u razumnom roku i dalje aktuelna tema te joj se poklanja osobita pažnja u domaćoj stručnoj javnosti. Pravo na suđenje u razumnom roku je deo prava na pravično suđenje i kao takvo je zajemčeno ne samo Konvencijom već i drugim međuna-

[1] D. Slijepčević, N. Plavšić, S. Stamenkovski, "Sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku", *Pravni informator 1/2015*, 4.

[2] S. Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, JP "Službeni glasnik", Beograd 2008, 13.

rodnim instrumentima. Uzimajući u obzir važnost mehanizma zaštite ljudskih prava uspostavljenog Konvencijom, u ovom radu biće posvećena naročita pažnja stavovima Suda u pogledu ocene delotvornosti domaćih pravnih sredstava namenjenih zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

Shvatanja Suda u pogledu kriterijuma koje je potrebno da ispuni domaće pravno sredstvo u tesnoj je vezi sa odlukom o pitanju dopuštenosti podnete predstavke na osnovu procene da li konkretni podnosilac ima status "žrtve" u smislu člana 34. Konvencije. Navedeno pitanje od izuzetog je značaja jer za posledicu može imati izmene domaćeg zakonodavstva i sudske prakse, ali i znatno povećanje novčanih sredstava koje je država dužna da isplati licima kojima je povređeno pravo na suđenje u razumom roku.

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku na nacionalnom nivou

Prilikom podnošenja pojedinačne predstavke Sudu, navodna povreda prava na suđenje u razumnom roku se može istaći samostalno ili zajedno sa povredom drugih prava i sloboda predviđenih Konvencijom. U tom smislu, valja ukazati na poseban odnos između prava na suđenje u razumnom roku i člana 13. Konvencije kojim je propisano da svako kome su povređena prava i slobode iz Konvencije ima pravo na delotvorno pravno sredstvo pred nacionalnim vlastima, bez obzira da li su povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu. Specifičnost datog člana je u tome što ne egzistira samostalno, već u vezi sa drugim slobodama i pravima predviđenim Konvencijom.[3] Stoga jasno proizlazi da povreda prava na suđenje u razumnom roku iz člana 6. stav 1. može postojati uporedo sa povredom prava na delotvorno pravno sredstvo iz člana 13. Konvencije.

Ovakvo shvatanje Sud je prvi put izneo u presudi *Kudla protiv Poljske*, s obzirom da je pre donošenja presude u datom predmetu, preovladavao stav po kome je član 13. bio konzumiran članom 6. stav 1. Konvencije.[4]

U pomenutoj presudi, Sud je ocenio da je došlo vreme da se preispita dosadašnja praksa u svetlu nagomilavanja predstavki gde podnosioci ističu navodnu povredu prava na suđenje u razumnom roku. Sud je obratio pažnju na postojanje opasnosti po vladavinu prava u nacionalnim pravnim sistemima u pogledu pi-

[3] S. Carić, 23.

[4] S. Carić, 22.

tanja "izrazitog kašnjenja prilikom sprovođenja pravde" kada stranke nemaju na raspolaganju domaće pravno sredstvo.[5]

Prilikom razmatranja primenjivosti člana 13. Konvencije na pritužbe koje se odnose na povredu prava na suđenje u razumnom roku, Sud je pošao od supsidijarnog karaktera mehanizma za zaštitu ljudskih prava i sloboda ustanovljenog Konvencijom. Svrha pravila postavljenog u članu 35. stav 1. Konvencije je da pruži državi ugovornici mogućnost da predupredi ili zaustavi povredu prava pre nego što navodi o istoj budu izneti pred Sud.[6] Značaj presude Velikog veća u predmetu *Kudla protiv Poljske* je u tome što je ponovljeno stanovište da pravno sredstvo mora biti delotvorno ne samo u teoriji već i u praksi te je istaknuto da ocena delotovornosti pravnog leka neće zavisiti od povoljnosti ishoda za podnosioca predstavke.[7]

Takođe, Sud je ostavio mogućnost da, ukoliko domaće pravo predviđa jedno pravno sredstvo koje ne zadovoljava kriterijume člana 13. Konvencije, na nacionalnom nivou može biti predviđena kombinacija više pravnih sredstava kojim se pruža delotvorna zaštita prava na suđenje u razumnom roku.

Uporednom analizom zakonskih rešenja država članica Saveta Evrope, koje imaju posebno pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, mogu se izdvojiti tri sistema regulisanja datog prava, i to, preventivni, kompenzatorni i kombinovani sistem.[8] Preventivni sistem ogleda se u postojanju pravnog leka kojim se može ubrzati postupak, kompenzatorni sistem se zasniva na davanju novčane naknade licu koje je pretrpelo povredu prava na suđenje u razumnom roku, dok kombinovani sistem podrazumeva da su domaćim pravom predviđena kako pravna sredstva namenjena ubrzanju postupaka, tako i pravna sredstva koja omogućavaju isplatu novčane naknade zbog dugog trajanja postupka.

Problem dugog trajanja sudskih postupaka u Republici Srbiji dobio je sistemski odgovor uvođenjem efikasne zaštite prava na suđenje u razumnom roku u okviru domaćeg pravnog poretka. Pravo na suđenje u razumnom roku tumači se na način kako to čini Sud u pogledu člana 6. stav 1. Konvencije, odnosno kriterijumi razvijeni kroz praksu Suda primenjuju se od strane domaćih organa u slučajevima kada se razmatraju navodne povrede datog prava.

---

[5] Kudla protiv Poljske, broj 30210/96, Veliko veće, 26. oktobar 2000, stav 148.

[6] Selmuni protiv Francuske, broj 25803/94, 28. jul 1999, stav 74.

[7] Kudla protiv Poljske, stav 157.

[8] S. Carić, 31.

Cilj novog Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku je, pre svega, da se pruži sudska zaštita pravu na suđenje u razumnom roku i da se ubrza sprovođenje sudskih postupaka. Pravna sredstva kojima se postupak ubrzava su prigovor i žalba i isti se mogu podneti sve dok se postupak ne okonča, dok je kao pravno sredstvo kompenzatornog karaktera, predviđen zahtev za pravično zadovoljenje. Kao vrsta pravičnog zadovoljenja predviđeno je podnošenje tužbe protiv Republike Srbije za novčano obeštećenje na ime neimovinske štete o kojoj će odlučivati osnovni sud, u postupku u kome se primenjuju odredbe o sporovima male vrednosti iz zakona kojim se uređuje parnični postupak. Novčano obeštećenje priznaje se u visini od 300 evra do 3.000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan isplate prema srednjem kursu Narodne banke Srbije.

Iz navedenog može se izvući zaključak da domaće pravo predviđa kombinaciju pravnih sredstava koji omogućavaju kako ubrzanje postupaka, tako i dobijanje novčane naknadu za pričinjenu povredu prava. Shodno navedenom, dalje se dolazi do zaključka da se Republika Srbija može svrstati u krug zemalja koje su izabarale kombinovani sistem regulisanja zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

U ovom radu, naročita pažnja biće posvećena stavovima Suda u pogledu visine novčane naknade koja se dodeljuje na nacionalnom nivou, odnosno karakteristikama koje bi trebalo da sadrže delotvorna pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku predviđena domaćim pravom. Sledstveno, opravdano se postavlja pitanje, da li bi, i pod kojim uslovima, podnosilac predstavke koji se pritužuje zbog navodne povrede prava na suđenje u razumnom roku u smislu člana 6. stav 1. Konvencije, mogao imati status žrtve ukoliko je na nacionalnom nivou, nakon ulaganja domaćeg pravnog sredstva, utvrđena povreda prava i dosuđena novčana naknada na ime nematerijalne štete. Prevashodno je potrebno ukazati da podnosilac mora u toku čitavog postupka biti u mogućnosti da opravda svoj status žrtve u smislu člana 34. Konvencije.[9]

U praksi Suda, utvrđeno je da podnosilac neće izgubiti status žrtve, osim ukoliko su domaće vlasti izričito ili prećutno priznale povredu prava zajemčenog Konvencijom i omogućile odgovarajuće obeštećenje.[10] Od naročite je važnosti stav Suda, po kome ocena da li neko lice ima status žrtve može zavisiti od iznosa naknade koji su mu dodelili domaći organi kao i od delotvornosti (uključujući tu

[9] Burdov protiv Rusije, broj 59498/00, 7. maj 2002, stav 30.

[10] Amur protiv Francuske, broj 19776/92, 25. jun 1996, stav 36.

i blagovremenost) pravnog leka na osnovu koga je određena naknada.[11] Status žrtve podnosioca predstavke zavisi od toga da li je novačni iznos određen od strane domaćih organa adkevatan i dovoljan uzimajući u obzir odredbu člana 41. Konvencije o pravičnom zadovoljenju.[12] Da li se dosuđeni iznos može smatrati razumnim ocenjuje se u zavisnosti od konkretnih okolnosti slučaja i ne zavisi isključivo od dužine trajanja postupka, već i od životnog standarda u odnosnoj državi i činjenice da se novčani iznosi dosuđeni u domaćem sistemu, po pravilu, isplaćuju brže nego što bi to bio slučaj kada bi Evropski sud utvrdio povredu prava i odredio isplatu novčanog iznosa.[13] Kao jedno od osnovnih merila za ocenu visine dosuđene novčane naknade od strane domaćeg organa jeste odnos datog iznos i iznosa koje u slučajevima dugog trajanja postupaka dosuđuje Sud primenjujući član 41. Konvencije.

Takođe, na ovom mestu valja skrenuti pažnju na stav Suda da visina novčanog iznosa zavisi od karakterisitika i delotovornosti domaćeg pravnog sredstva, tako da države poput Srbije, koje su izabrale pravno sredstvo koje i ubrzava postupak i omogućava novčano obeštećenje, su slobodne da utvrde novčane iznose niže od onih koje dosuđuje Sud, ukoliko navedeni iznosi nisu nerazumni.[14]

Bliže obrazloženje karakteristika koje bi trebalo da poseduju domaća pravna sredstva namenjena zaštiti prava na suđenje u razumnom roku nalazi se u pojedinim presudama Velikog veća donetim u slučajevima protiv Italije, gde su se podnosioci predstavki prituživali na povredu prava na suđenje u razumnom roku iz razloga što su na nacionalnom nivou od strane suda na ime naknade dobili, po njihovom mišljenju, izrazito niske novčane iznose.

Donošenjem Zakona br. 89/2001 tzv. *Pinto zakona*, u italijanski pravni sistem uvedeno je kompenzatorno pravno sredstvo, koje je omogućilo dobijanje novčane naknade u slučaju preterano dugog trajanja postupka. S obzirom da su u prvom stepenu odlučivali apelacioni sudovi koji su dosuđivali novčane iznose na ime pravične naknade, postojala je mogućnost ulaganje žalbe isključivo iz materijalnopravnih razloga Kasacionom sudu. Kako je sve veći broj podnosilaca predstavki koristio navedeno pravno sredstvo i pri tom bio nezadovoljan visinom dosuđenog novčanog iznosa, broj predstavki podnetih protiv Italije pred Sudom nije

[11] Istraživačko odeljenje Suda, *Praktični vodič kroz uslove prihvatljivosti*, Savet Evrope, 2010, 13.

[12] Dubjakova protiv Slovačke, odluka, broj 67299/01, 19. oktobar. 2004, 6.

[13] *ibid.*

[14] Vidaković protiv Srbije, odluka, broj 1623/07, 34. maj 2011. god., 6.

počeo da se smanjuje. Imajući u vidu da je po italijanskom pravu, pitanje visine dosuđenje novčane naknade činjenično, a ne pravno pitanje, Kasacioni sud je po pravilu odbijao žalbe podnosilaca na prvostepene odluke po "Pinto" zakonu.

Shodno navedenom stavu Kasacionog suda, uz koji je važno dodati i stav da se praksa Suda ne može direktno primeniti u pogledu određivanja pravične naknade zbog preteranog trajanja postupka, Sud je nakon analize od preko sto presuda italijanskog Kasacionog suda, zaključio da podnosioci predstavki nisu dužni da ulože žalbu na prvostepenu odluku apelacionog suda pre pokretanja mehanizma predviđenog Konvencijom.[15]

Međutim, pre donošenja presuda od strane Velikog veća u predmetima *Apićela, Kočiarela* i *Skordino*, italijanski Kasacioni sud je promenio praksu, pa je u odluci broj 1340 od 26. januara 2004. godine ukinio prvostepenu odluku i predmet vratio na ponovno raspravljanje, jer je zauzet stav da apelacioni sudovi prilikom utvrđivanja novčanog iznosa na ime naknade nematerijalne štete moraju se kretati u okviru koji čine iznosi dodeljeni od strane Suda u sličnim slučajevima, uz mogućnost postojanja izvesnih razlika koje su razumne.[16]

Iz kratkog prikaza argumentacije iznete od strane italijasnke vlade pred Velikim većem, ali i vlada država koje su intervenisale u datom postupku, može se upoznati suština osporavanja kriterijuma ocene visine novčane naknade dosuđene od strane domaćih organa poređenjem sa iznosima koje dosuđuje Sud u istovrsnim predmetima na osnovu člana 41. Konvencije. Kada je po sredi visina novčanih iznosa dosuđenih na osnovu *"Pinto"* zakona, italijanska vlada je osporila ovlašćenje Suda da istu preispituje, s obzirom da su domaći sudovi postupali jednako i u okviru polja slobodne procene u pogledu pravičnog zadovoljenja, te se zaključuje da ocena visine iznosa ostaje van nadležnosti Suda imajući u vidu potrebu uvažavanja principa supsidijariteta i polja slobodne procene.[17]

Takođe, pitanje postojanja štete i utvrđivanje njenog iznosa predstavljaju deo činjenične ocene koja spada u nadležnost domaćeg suda, pa Sud, iako ima ovlašćenje da procenjuje odluke domaćih sudova ukoliko su očigledno nerazume i arbitrarne, nema pravo da nameće sopstvene kriterijume i uverenja domaćim sudovima prilikom ocene činjeničnih pitanja.[18]

---

[15] Skordino protiv Italije, odluka, broj 36813/97, 27. mart 2003. god., 13.

[16] Skordino protiv Italije, broj 36813/97, Veliko veće, 29. mart 2006. god., stav 63.

[17] *Ibid*. stav 153.

[18] Apićela protiv Italije, broj 64890/01, Veliko veće, 29. mart 2006, stav 47.

U pisanim zapažanjima češka vlada je prevashodno potvrdila da visina novčanog iznosa dosuđenog na nacionalnom nivou predstavlja jedan od kriterijuma za ocenu delotvornosti obeštećenja u smislu člana 13. Konvencije, međutim, imajući u vidu široko polje slobodne procene koje bi trebalo da bude ostavljeno državama u primeni pomenutog člana, Sud bi trebalo da primenjuje samo ograničenu kontrolu, kako bi se izbegli slučajevi očiglednih grešaka u oceni nematrijalne štete od strane domaćih organa.[19] Slično rezonuje i slovačka vlada koja smatra da Sud ne bi trebalo da ceni odluke domaćih sudova u odnosu na iznose koje on sam dodeljuje u sličnim slučajevima, već da li su iste očigledno arbitrarne i nepravične.[20]

Kako bi se pravilno razumeli stavovi Suda u pogledu delotvornih pravnih sredstava namenjenih zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, ali i da bi se shvatio smisao njihove kritike, koja će se obrazložiti u nastavku ovog rada, potrebno je podsetiti se principa supsidijariteta i polja slobodne procene na kojima počiva sistem zaštite ljudskih prava i sloboda ustanovljen Konvencijom. Princip supsidijariteta nije eksplicitno pomenut ni u jednom članu Konvencije ali se isti zasniva na odredbi čl. 1. i 19. Konvencije.

Navedeni princip ogleda se u tome da zadatak poštovanja i primene ljudskih prava i sloboda iz Konvencije, u prvom redu leži na državi ugovornici, dok zaštita koju pruža Sud će biti moguća jedino ukoliko domaće vlasti dati zadatak ne ispune. Sledstveno zaključujemo da je princip supsidijariteta ograničen potrebom za stvarnom i efikasnom zaštitiom ljudskih prava sadržanih u Konvenciji. Za razliku od supsidijariteta u kontekstu prava Evropske unije, princip supsidijariteta u smislu sistema uspostavljenog Konvencijom je po svojoj prirodi komplementaran s obzirom da je intervencija Suda ograničena na slučajeve gde domaći organi nisu sposobni da obezbede efikasnu zaštitu ljudskih prava i sloboda.

Princip supsidijariteta nije apsolutan, već je, naprotiv, ograničen drugim povezanim principima. Princip da prava i slobode iz Konvencije su realna prava koja se mogu efikasno ostvariti, princip evolutivnog tumačenja Konvencije koja je živi instrument pa se mora tumačiti u skladu sa postojećim društvenim prilikama i princip po kome se prava i slobode primenjuju na način kako ih sudije shvataju tokom odlučivanja što dovodi ili do sudijskog suzdržavanja sa jedne strane, ili

[19] Kočiarela protiv Italije, broj 64886/01, Veliko veće, 29. mart 2006, stav 59.

[20] *Ibid*., stav 63.

do sudijskog aktivizma sa druge, jesu faktori kojima se ograničava princip supsidijariteta.[21]

Princip polja slobodne procene je proizašao iz principa supsidijariteta, odnosno predstavlja njegovu praktičnu manifestaciju. Polje slobodne procene kao koncept razvijen u praksi Suda zasniva se na pretpostavci da su vlasti određene države upoznate sa trenutnim sveukupnim stanjem u društvu, da su u određenom smislu proistekle iz tog stanja i da odražavaju političku i društvenu realnost jedne zemlje, pa su i najpozvanije da procene koje mere su svrsishodne i neophodne za poštovanje Konvencije.

U tom smislu, može se zaključiti da se polje slobodne procene ogleda u tome da vlasti države ugovornice imaju mogućnost, da prava i slobode zajemčene Konvencijom, primene na svojoj teritoriji donošenjem odgovarajućih propisa i sprovođenjem praksi u skladu sa potrebama i društvenim prilikama u datoj zemlji. Posmatrano iz ugla primene principa polja slobodne procene, prepoznaju se dve kategorije prava i sloboda zajemčenih Konvencijom, i to, apsolutna prava u čijoj primeni nisu dozvoljeni bilo kakvi izuzeci i odstupanja, i prava koja nisu apsolutna i koja mogu biti predmet izvesnih ograničenja.[22]

Polje slobodne procene, u najvećoj meri, nalazi primenu prilikom ocene navodne povrede ovih drugih, gde Sud obavezno mora da pruži odgovor na pitanje da li je konkretno ograničenje prava ili slobode iz Konvencije zasnovano na zakonu, da li je dato ograničenje namenjeno ostvarivanju nekog legitimnog društvenog cilja te da li postoji odnos srazmernosti između društvenog cilja i ograničenja koje je nametnuto u konkretnom slučaju. Takođe, koncept polja slobodne procene primenjuje se i na ostale članove Konvencije, uključujući i ona prava i slobode u pogledu kojih nije eksplicitno propisana mogućnost ograničenja, poput prava na pristup sudu iz člana 6. stav 1. Konvencije.

Prikaz i kritika shvatanja suda u pogledu ocene delotvornosti domaćeg pravnog sredstva

U presudi *Kočiarela protiv Italije*, Sud je konstatovao da su strane u postupku pitanje statusa žrtve povezali sa opštim pitanjem delotvornosti pravnog sredstva, pa pošto su tražili određena uputstva kako bi predvideli što efikasnije prav-

[21] Jurisconsult, Interlaken follow-up, *Principle of subsidiarity*, 5-6.

[22] *Ibid*., 12-13.

no sredstvo na domaćem nivou, odlučio je da pruži izvesne smernice u pogledu karakteristika koje bi pravno sredstvo trebalo da ima, uzimajući u obzir da u ovakvom tipu slučajeva status žrtve podnosioca predstavke zavisi od obeštećenja koje je dobijeno na domaćem nivou.

U obrazloženju pomenute presude, Sud je izričito naglasio važnost principa supsidijariteta kako pojedinci ne bi bili primorani da se obraćaju međunarodnom sudu jer mogu biti obeštećeni u okviru domaćeg pravnog sistema, a takođe je ukazano da u slučajevima, kada je država ugovornica izabrala kompenzatorno pravno sredstvo, mora se ostaviti šire polje slobodne procene kako bi se isto uspostavilo na način saglasan sa pravnom tradicijom i životnim standardom u datoj državi.[23] Ponovljeno je shavatanje po kome uloga Suda nije u razmatranju grešaka domaćih sudova u utvrđivanju činjeničnog stanja ili primeni prava, osim ukoliko na taj način nisu povređena prava i slobode predviđeni Konvencijom, te je u tom smislu dalje konstatovano, da jasna greška u postupanju domaćih sudova može proizaći iz pogrešne primene ili pogrešnog tumačenja prakse Suda.[24]

Shodno navedenom, zaključeno je da princip supsidijariteta ne znači odricanje od nadzora nad rezultatima upotrebe domaćih pravnih sredstava, u suprotnom, prava garantovana članom 6. Konvencije bila bi lišena svake suštine jer svrha Konvencije nije da jemči prava u teoriji, već prava koja se mogu ostavriti u praksi.[25] Polazeći od toga da postoji jaka, ali oboriva pretpostavka, da dugo trajanje postupaka pričinjava nematerijalnu štetu podnosiocu, Sud može prihvatiti da država koja je uvela, kako pravna sredstva namenjena ubrzanju postupaka tako i pravna sredstva namenjena pružanju obeštećenja, može dosuđivati podnosiocima i manje novčane iznose od onih koje dodeljuje Sud, ukoliko isti nisu nerazumni, pod uslovom da domaće odluke budu saglasne pravnoj tradiciji i životnom standardu u datoj zemlji te ako su donete brzo, ako su obrazložene i brzo izvršene. Međutim, ukoliko domaći pravni lek nije ispunio sve navedene kriterijume, moguće je da prag iznosa koji dozvoljava da podnosilac i dalje tvrdi da je žrtva, bude viši.[26]

Na osnovu iznetog, može se zaključiti da Sud ne zanemaruje princip supsidijariteta, niti negira postojanje polja slobodne procene u primeni člana 13. Kon-

[23] Kočiarela protiv Italije, stav 79- 80.

[24] *Ibid.*, stav 81-82.

[25] *Ibid.*, stav 83.

[26] *Ibid.*, stav 97.

vencije od strane država ugovornica, već se razlika u stavovima između Suda sa jedne strane i italijanske vlade i vlada države koje su interevenisale u postupcima nastalim zbog nezadovoljstva visinom naknada po *"Pinto"* zakonu sa druge strane, svodi, zapravo, na obim primene navedenih principa. Čini se da izrazite razlike, naročito u ekonomskim i socijalnim prilikama između država ugovornica, idu u prilog proširenju obima primene principa supsidijatiteta i polja slobodne procene prilikom ocene delotvornosti domaćih pravnih sredstava namenjenih zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

Analizirajući praksu Suda, a naročito stavove obrazložene u prednjim redovima, može se zaključiti da se, prilikom ocene delotvornosti domaćeg pravnog sredstva, razmatra da li se po uloženom pravnom leku relativno brzo postupilo, da li se domaća odluka zasniva na merilima razvijenim u praksi Suda, da li je odluka brzo izvršena, kao i da li je dosuđeni novčani iznos u nesrazmeri sa novčanim iznosima koje na ime naknade nematerijalne štete određuje Sud u smislu člana 41. Konvencije. Navedena kriterijumi su podjednako važni, te po mišljenju pisca ovog rada, u praksi Suda imaju primarni karakter. Uslovi koji se odnose na saglasnost domaćih odluka pravnoj tradiciji i životnom standardu konkretne države su sekundarni po svojoj važnosti. Dok saglasnost pravnoj tradiciji, gledano s aspekta ocene visine novčanog iznosa, nema veliku praktičnu vrednost, životni standard je pomoćni kriterijum za kojim Sud poseže kada ocenjuje kao prihvatljiv iznos pravične naknade koji je u izvesnoj meri niži od onoga što se dosuđuje na osnovu člana 41. Konvencije.[27]

Upravo u predmetu *Vidaković protiv Srbije*, kada je cenio visinu iznosa dosuđenog odlukom Ustavnog suda, Sud je uzeo u obzir da je u roku od dva meseca nakon donošenja date odluke pravosnažno okončan sporni sudski postupak, te da se iz spisa predmeta ne može zaključiti da isplata novčanog iznosa određenog od strane Komisije za naknadu štete ne bi bila brza.[28]

U predmetu *Šurbanoska i drugi protiv BJRM*, Sud je cenio visinu dosuđenog novčanog iznosa te je zauzeo stav da isti nije očigledno nerazuman uzimajući u obzir iznose koje sam dosuđuje u sličnim slučajevima, a takođe je cenjena i dužina trajanja postupka po domaćem pravnom sredstvu, kao i da li je, odnosno,

[27] Vidaković protiv Srbije, stav 31.

[28] *Ibid.*, stav 32.

u kom roku, izvršena isplata dosuđenog iznosa na ime pravične naknade.[29] Prilikom ocene visine novčane naknade dosuđenje od strane domaćeg suda, Sud, po pravilu, odnos date naknade i one koje dosuđuje u smislu člana 41. Konvencije prikazuje u vidu procenata.[30]

Da li se novčana naknada, utvrđena u domaćem postupku, smatra očigledno nerazumnom odnosno neadekvatnom zavisi u velikoj meri od toga koliko se poklapa sa iznosima koje određuje Sud. Neretko se iz obrazloženja presuda može nedvosmisleno zaključiti da je jedini razlog neuvažavanja prigovora nedostaka statusa žrtve, koji ističu zastupnici država, taj što je iznos novčane naknade određen pred domaćim organima znatno manji od naknada koje se određuju u praksi Suda u sličnim slučajevima.[31]

Takođe, u nekoliko predmeta protiv Republike Srbije, gde je presude doneo tročlani sudijski odbor, Sud je zauzeo istovetno stanovište te je iz istog razloga odbio istaknut prigovor nedostatka statusa žrtve u smislu člana 34. Konvencije[32]. Na koji način će Sud postupati, odnosno da li će promeniti praksu nakon početka primene protokola broj 15 kojim je predviđena izmena preambule Konvencije eksplicitnim unošenjem principa supsidijariteta i polja slobodne procene, ostaje da se vidi. Opravdano se može očekivati da će se Sud osloniti na izmene u preambuli Konvencije, međutim, da li će obim primene pomenuth principa biti proširen na slučajeve ocene delotvornosti domaćeg pravnog sredstva kojim se štiti pravo na suđenje u razumnom roku, ne može se tvrditi sa sigurnošću. Trenutno nema pokazatelja da će Sud uskoro promeniti stav po ovom pitanju, što ne znači da isti treba uskratiti za argumentovanu kritiku.

Prilikom razmatranja prigovora gubitka statusa žrtve, u slučajevima kada je podnosiocima na domaćem nivou bila obezbeđenja zaštita prava na suđenje u razumnom roku, Sud mora reafirmisati primenu principa supsidijariteta i polja slobodne procene. Prilikom odgovora na pitanje da li je pred domaćim organom podnosilac predstavke dobio adekvatno i dovoljno obeštećenje usled dugog tra-

[29] Šurbanoska i drugi protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, odluka, broj 36665/03, 31. avgust 2010, stav 37 i dalje.

[30] Apićela protiv Italije, stav 142.

[31] Jakupović protiv Hrvatske, broj 12419/04, 31. jul 2007, stav 17.

[32] Savić i drugi protiv Srbije, broj 22080/09 i drugi, 5. april 2016. god., Ković i drugi protiv Srbije, broj 39611/08 i drugi, 4. april 2017. godine i Borović i drugi protiv Srbije, broj 58559/12 i drugi, 11. april 2017. god.

janja postupka, naročito u smislu visine novčane naknade, neophodno je da Sud pristupi oceni karakteristika domaćeg pravnog sredstva koje je upotrebljeno.

Analiza domaćeg pravnog sredstva bi trebalo da bude logički postavljena, na način, da se prethodno utvrdi o kom tipu zaštite na nacionalnom nivo se radi (kompenzatorni ili kombinovani), kao i da li je sporni domaći postupak pravosnažno okončan. Ukoliko sporni domaći postupak još nije okončan, Sud će utvrditi povredu prava na suđenje u razumnom roku iz člana 6. stav 1. Konvencije i dosuditi pravično zadovoljenje.

Međutim, ako je sporni domaći postupak pravosnažno rešen, pristupa se razmatranju okolnosti od značaja za delotvornost pravnog sredstva, i to, da li je nakon ulaganja pravnog leka po istom brzo odlučeno, da li je domaća odluka obrazložena i da li je odluka brzo izvršena, odnosno da li je uopšte izvršena. Samo ako sve pomenute okolnosti budu pozitivno ocenjene, može se ići dalje u ocenu visine dosuđene novčane naknade, ali ne na način kako to Sud trenutno čini. Visina novčane naknade određena od strane domaćih organa ne može se procenjivati u odnosu na iznose koje u smislu člana 41. Konvecnije u sličnim predmetima određuje Sud. Neophodno je ostaviti široko polje slobodne procene državama ugovornicama u primeni domaćeg pravnog sredstva naročito u delu koji se tiče novčanih iznosa koji se dosuđuju na ime nematerijalne štete. Domaći organi dobro poznaju lokalne društvene i ekonomske prilike pa su u znatno boljem položaju da utvrde odgovarajući iznos naknade na ime povređenog prava primenjujući kriterijume razvijene kroz praksu Suda.

Shodno navedenom, Sud bi trebalo da interveniše u slučajevima kada se sa aspekta životnog standarda u konkretnoj državi dosuđena naknada može smatrati očigledno neadekvatnom tj. nerazumnom. U tom smislu, kriterijum životnog standarda više ne bio smeo biti tek pomoćni, već primarni, odnosno krovni kriterijum prilikom ocene visine novčanog iznosa određenog na domaćem nivou.

Teško se može opravdati bojazan da se princip supsidijariteta čini apsolutnim ukoliko bi se visinna novčanog iznosa na ime pravične naknade, dosuđene od strane domaćih organa, procenjivala isključivo u svetlu životnog standarda date države. Garantija da prava predviđena Konvencijom nisu samo teoretska, već da se štite i sprovode u praksi, ogleda se u tome što Sud svakako procenjuje da li je u konkretnom slučaju po domaćem pravnom sredstvu odlučeno relativno brzo, da li se domaća odluka zasniva na kriterijumima razvijenim u praksi Suda i da li je dodeljeni novčani iznos relativno brzo isplaćen. Ograničenje intervencije Suda samo u slučajevima kada je pravična naknada, u svetlu životnog standarda

konkretne države, ocenjena kao očigledno nerazumna, predstavljalo bi proširenje obima primene principa supsidijariteta, a ne njegovu apsolutizaciju.

Takođe, valja istaći da bi eliminisanje upoređivanja novačnih iznosa koji se dosuđuju u praksi Suda sa iznosima dosuđenim od strane domaćih organa, potvrdilo doktrinu četvrte instance koja predviđa da se Sud neće baviti razmatranjem grešaka u utvrđivanju činjenica i primeni prava od strane domaćih sudova, osim ukoliko nastupanjem istih nisu povređena prava i slobode zajemčene Konvencijom.[33]

U slučaju kada je domaći postupak, koji je predugo trajao, pravosnažno okončan, te kada je domaća odluka brza, obrazložena i brzo izvršena, Sud posezanjem za kriterijumom visine naknade određene u sličnim slučajevima u svojoj praksi, praktično onemogućava države ugovornice u široj primeni domaćeg pravnog sredstva i pritom bespotrebno poništava nalaženje domaćeg suda u pogledu visine naknade, koja se kod određenih država smatra činjeničnim, a kod drugih, pravnim pitanjem. Ocena visine naknade dosuđene na nacionalnom nivou, koja se zasniva na poređenju sa iznosima određenim od strane Suda u sličnim predmetima, je, ujedno, posledica pogrešnog tumačenja člana 41. Konvencije. Pravično zadovoljene je po svojoj suštini akcesorno pravo, vezano isključivo za postupak koji se vodi pred Sudom, i primenjuje se samo ukoliko je utvrđena povreda prava ili slobode koje je zajemčeno Konvencijom i ukoliko unutrašnje pravo države ugovornice omogućava samo delimičnu odštetu. Pravično zadovoljenje ne može se poistovetiti sa pravom na život, pravom na pravično suđenje, slobodom okupljanja i udruživanja ili bilo kojim drugim pravom ili slobodom koje je predviđeno u Konvenciji, niti je u praksi Suda zabeležen slučaj utvrđivanja povrede prava na pravično zadovoljenje kao takvog.

Međutim, kada Sud, prilikom ocene delotvornosti domaćeg pravnog sredstva, insistira na kriterijumu visine nematerijalne štete koju on dosuđuje u sličnim slučajevima, time pravično zadovoljenje stavlja u isti rang sa ostalim pravim iz Konvencije jer na taj način pokušava da prinudi države ugovornice da praksu svojih organa usklade sa njegovom i u pogledu visine novčanih iznosa na ime nematerijalne štete.

Shodno svemu napred iznetom, kao zaključak se nameće potreba eliminisanja ocenjivanja novčanih naknada dosuđenih pred domaćim organima poređenjem sa iznosima iz prakse Suda u istovrsnim predmetima, te primena kriteriju-

[33] Jurisconsult, 10.

ma životnog standarda kao vodećeg pri oceni visine naknade, što sve za posledicu ima širenje obima primene principa supsidijariteta i polja slobdne procene i odbacivanje većeg broja predstavki pred Sudom usled gubtka statusa žrtve u smislu člana 34. Konvencije.

ZAKLJUČAK

Uporednom analizom domaćih pravnih sredstava država potpisnica Konvencije, izdvajaju se tri modela zaštite prava na suđenje u razumnom roku, i to, preventivni, kompenzatorni i kombinovani. Po mišljenjeu Suda, preventivni sistem koji podrazumeva postojanje domaćeg pravnog leka namenjenog isključivo ubrzanju postupka, ne predstavlja adekvatan način za rešavanje problema dugog trajanja sudskih postupaka.

U tom smislu, valja istaći da bez obzira da li domaće pravo države ugovornce predviđa isključivo određivanje novčane naknade usled poverede prava na suđenje u razumnom roku ili kombinaciju pravnih sredstava namenjenih kako ubrzanju postupka, tako i isplati novčane naknade, neophodno je da domaća pravna sredstva budu saglasna kriterijumima postavljenim u praksi Suda. U predmetima u kojima se postavlja pitanje dužine trajanja postupka, visina dosuđenog iznosa pred domaćim organima može uticati na status žrtve podnosioca predstavke. Visina dosuđenog iznosa zavisi posebno od karakteristika i delotvornosti pravnog sredstva te da li se ista može smatrati razumnom zavisi od konkretnih okolnosti datog slučaja. Prilikom razmatranja prigovora gubitka statusa žrtve, Sud ceni delotvornost domaćeg pravnog sredstva namenjenog zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.

Naime, brzina donošenja odluke po pravnom leku, obrazloženje domaće odluke, brzina izvršenja iste, kao i da li je dosuđeni novčani iznos u nesrazmeri sa novčanim iznosima koje na ime naknade nematerijalne štete određuje Sud u smislu člana 41. Konvencije u sličnim slučajevima, su merila pomoću kojih se u svakom konkretnom slučaju ocenjuje da li je domaće pravno sredstvo ispunilo svoju svrhu odnosno da li podnosilac predstavke i dalje ima status žrtve.

U praksi Suda je više puta naglašeno stanovište da države ugovornice koje su optirale za kombinovani sistem zaštite prava na suđenje u razumnom roku mogu dosuđivati iznose naknade manje od onih koje određuje Sud, osim ukoliko nisu nerazumno manji i ako su u saglasnosti sa životnim standardom u državi ugovornici. Izrazite razlike u pogledu životnog stadnarda među dražava ugovrnicama,

preveliki broj predmeta sa kojim se Sud suočava i potreba za davanjem podsticaja državama da jačaju zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou, govore u prilog hitnoj izmeni prakse Suda u pogledu kriterijuma koje primenjuje u oceni delotvornosti domaćih pravnih sredstava namenjenih zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Shodno preovlađujućem shvatanju, podnosilac predstavke neće izgibiti status žrtve ukoliko je novčani iznos dosuđen od strane domaćeg organa u nesrazmeri, koja je po oceni Suda, neprihvatljiva u odnosu na novčane iznose koje sam određuje u smislu člana 41. Konvencije u istovrsnim predmetima.

Pomenuti kriterijum poređenja novčanih iznosa sa onima koje dodeljuje Sud neophodno je što pre eliminisati i zameniti kriterijumom uvažavanja životnog standarda u državi ugovornici. Tačnije, prilikom ocene visine pravične naknade dodeljene pred domaćim organima, Sud bi intervenisao isključivo u slučajevima kada se ista može oceniti kao isuviše niska odnosno očigledno nerazumna u svetlu postojećeg životnog standarda u konkretnoj državi. Na ovaj način Sud više ne bi primoravao domaće organe da određuju novčane iznose, manje ili više, slične onima koje sam dosuđuje, te bi pažnja bila isključivo posvećena oceni da li je po domaćem pravnom leku brzo odlučeno, da li se domaća odluka zasniva na kriterijumima razvijenim u praksi Suda i da li je ista brzo izvršena odnosno da li je brzo isplaćen dosuđeni novčani iznos podnosiocu. Kritika trenutne prakse Suda izneta u ovom radu ima za cilju ponovu afirmaciju principa supsidijariteta i uvažavanja polja slobodne procene, odnosno proširenje obima primene datih principa što bi za posledicu imalo osnaživanje mehanizma zaštite ljudskih prava i sloboda na nacionalnom nivou.

RASTKO NEŠKOVIĆ
Senior counselor, State Attorney's office

PROTECT THE RIGHT TO JUDGES WITNIH A REASONABLE TIME
– The amount of monetary compensation as a measure of the effectiveness –

Summary

The main topic of the article is the analysis of the criteria established by the European Court of Human Rights in assessing the effectiveness of legal remedies aimed to protect the right to a trial

within a reasonable time. Particular relation between the effectiveness of domestic remedies and the status of a "victim" within the meaning of Article 34 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is pointed out. Special attention has been paid to the amount of monetary compensation granted in respect of non-pecuniary damage to applicants before domestic authorities and the manner in which the given circumstance is assessed by the European Court of Human Rights. In addition to a brief overview of the Italian experience in the introduction of a compensatory legal remedy, a critique of the prevailing view of the European Court of Human Rights regarding the assessment of the monetary amounts granted at the national level was made, especially in terms of the principle of subsidiarity and the margin of appreciation.

The author of this paper indicates to the necessity of taking a different approach when evaluating the effectiveness of domestic remedies for the protection of the right to a trial within a reasonable time.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ

PRETHODNO PITANJE U VANPARNIČNOM POSTUPKU

U V O D

Vanparnični postupak je građanski sudski postupak u kome se postupa povodom različitih vanparničnih stvari koje mogu da budu kontenciozne i nekontenciozne. Osnovna karakteristika vanparničnih postupaka jeste u tome da se u njima rešavaju nesporne pravne stvari, te se iz tog razloga i naziva nespornim postupkom, dok je parnični postupak regulisan da bi se po njegovim pravilima postupalo radi rešavanja građanskopravnog spora.

Za razliku od ZPP, ZVP nije "čist" procesni zakon, jer pravila vanparničnog postupka, pored procesnopravnih normi, zbog prirode i cilja samog vanparničnog postupka, sadrže i pojedine materijalnopravne norme.[1] Opšta pravila vanparnične procedure imaju poseban značaj u onim vanparničnim postupcima za koje zakonodavac uopšte nije predvideo posebna pravila postupanja, već je samo odredio da je u pitanju vanparnična pravna stvar.

Vanparnični i parnični postupak su dva različita metoda građanskopravne pravne zaštite. U vanparničnom postupku pruža se pravna zaštite u onim građan-

Dr Milena Trgovčević-Prokić, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu.

[1] G. Stanković, M. Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Službeni glasnik, 2016, str. 25.

skopravnim stvarima u kojima se ne postupa po pravilima parnične procedure, dok se u parničnom postupku rešavaju građanskopravni sporovi.[2] Primena pravila parničnog postupka u vanparničnom postupku supsidijarne je prirode, jer se ona primenjuju onda kad nema zakonske odredbe koja reguliše određeno procesno pitanje.[3]

Broj vanparničnih postupaka nije konstatan, jer zavisi od ocene zakonodavca i pravnopolitičkih ciljeva koje on želi da ostvari. Da li će jednu građanskopravnu stvar zakonodavac poveriti na rešavanje parničnom ili vanparničnom sudu zavisi od aktuelnih pravnopolitičkih kriterijuma.[4] Prilikom uređivanja posebnih vanparničnih postupaka zakonodavac se redovno koristi različitim zakonodavnim tehnikama. On ili uređuje potpuno pojedini vanparnični postupak, ili ga fragmentarno reguliše tako što upućuje na shodnu primenu nekog drugog vanparničnog postupka[5], ili samo predviđa da se u određenoj pravnoj stvari postupa po pravilima vanparničnog postupka.

Ukoliko je pojedini vanparnični postupak samo fragmentarno regulisan ili je predviđeno da se u konkretnoj situaciji postupa po pravilima vanparničnog postupka, primenjuju se opšta pravila vanparničnog postupka koja su sadržana u opštim odredbama zakona. Opšte odredbe sadrže pojedina organizaciona i funkcionalna procesna pravila. Pojedini posebni vanparnični postupci, pored procesnopravnih normi, sadrže i pojedine materijalnopravne norme.

U vanparničnim postupcima pruža se zaštitnička pomoć i iz tog razloga u pojedinim vanparničnim postupcima zakonom je predviđeno da se organ starateljstva, iako nije predlagač, javlja kao obavezni učesnik u postupku.

---

[2] M. Trgovčević Prokić, **G.** Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije,* 2018, str.23, G. Stanković, LJ., Mandić, *Vanparnično procesno pravo*, Grafičko preduzeće "Sven" – Niš, Kosovska Mitrovica, 2013.

[3] Shodna primena pravila parničnog postupka dolazi u obzir kad u posebnim pravilima vanparničnog postupka postoji zakonska praznina koju sudija treba da popuni tumačenjem.

[4] B. Poznić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1991, str. 458.Postupak za lišenje roditeljskog prava vodio po pravilima vanparničnog postupka, a onda je odredbama Porodičnog zakona "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015, predviđeno je da se u postupku za lišavanje roditeljskog prava postupa prema odredbama ZPP (2011). Takvo zakonsko rešenje nije bilo predviđeno u Zakonu o braku i porodičnim odnosima, "Službeni glasnik RS", br. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 i 29/01.

[5] Na primer u postupku za dokazivanje smrti shodno se primenjuju odredbe postupka za proglašenje nestalog lica za umrlo.

PRETHODNO PITANJE

Prethodno pitanje uvek predstavlja samostalnu pravnu celinu koja redovno može da bude poseban i glavni predmet odlučivanja u nekom postupku pravne zaštite (sudskom ili upravnom).[6] Odluka o prekidu postupka zbog nerešenog prethodnog pitanja zasniva se na razlozima celishodnosti i očuvanja pravne sigurnosti, zbog mogućnosti da u pogledu određenog prava ili pravnog odnosa u dva odvojena postupka budu donete različite odluke, kao napr. u postupku fizičke deobe i uređenja načina koišćenja zajedničke stvari..

Naime, vođenje postupka deobe ne predstavlja uslovljavajuće pravo, niti pravni odnos za postupak uređenja načina korišćenja iste nepokretnosti, pa samim tim ne predstavlja prethodno pitanje pa zbog toga nema smetnje da se ova dva postupka istovremeno vode jer im je svrha po ZVP različita.[7]

Međutim, momentom pravnosnažnosti rešenja o fizičkoj deobi prestaje pravni interes pedlagača za uređenje načina korišćenja zajedničke stvari-nepokretnosti, jer se fizičkom deobom na sveobuhvatan i trajan način reguliše način deobe zajedničara na zajedničkoj stvari ili imovini,pa samim tim i način korišćenja.

Ukoliko su činjenice koje su bitne za rešavanje prethodnog pitanja nesporne, raspravljanje prethodnog pitanja se svodi na rešavanje jednog pravnog pitanja. U vanparničnom postupku je osnovno pravilo da vanparnični sud rešava o svim pravnim pitanja uz određene izuzetke koji se odnose na pojedine posebne vanparnične postupke. Ukoliko u ostavinskom postupku postoji spor o pravu na legat ili o drugom pravu iz zaostavštine, sud će uputiti stranke da povedu parnični postupak ili postupak pred upravnim organom, ali neće prekidati raspravljanje zaostavštine.

Međutim, kada se u vanparničnom postupku pojave sporne činjenice važne za rešenje prethodnog pitanja, sud će, po pravilu, prekinuti postupak[8] i uputiti učesnike da u određenom roku pokrenu parnični postupak ili postupak pred

---

[6] G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska: *Parnično procesno pravo*, 2010, str. 407.

[7] Rešenje Višeg suda u Pančevu GŽ 521/17 od 5.09.2017. godine.: "Ne postoji pravni interes za vođenje postupka uređenja načina korišćenja zajedničke stvari-nepokretnosti,ako je doneto pravnosnažno rešenje o fizičkoj deobi povodom iste nepokretnosti jer se fizičkom deobom na sveobuhvatan i trajan način reguliše način deobe zajedničara na zajedničkoj stvari ili imovini, pa samim tim i način korišćenja."

[8] Član 23. ZVP.

upravnim organom. Međutim, ovo pravilo nije propisano za sve posebne vanparnične postupke. Izuzetak predstavlja postupak za rehabilitaciju, jer sud odlučuje o prethodnom pitanju i ne dolazi do privremenog obustavljanja postupka, odnosno prekida postupka.

Ako su, međutim, činjenice koje su bitne za rešavanje prethodnog pitanja sporne, rešavanje prethodnog pitanja je znatno složenije i u tom slučaju ZVP propisuje posebna pravila koja se odnose na tu situaciju.

Sporne činjenice od kojih zavisi rešavanje prethodnog pitanja su one činjenice u pogledu čijeg postojanja ne postoji saglasnost učesnika jer oni iznose suprotne činjenične navode i suprotne tvrdnje u pogledu prava koje iz tih činjenica proizlazi. Neslaganje o činjenicama koje su neophodne za zaključivanje o uslovljavajućem odnosu koji je od značaja za predmet odlučivanja nastaje u toku samog vanparničnog postupka i treba da bude otklonjeno da bi se formirala neophodna činjenična podloga za zakonitu i pravilnu odluku.

Među učesnicima mogu da budu sporne činjenice koje imaju procesni ili materijalnopravni karakter. Ukoliko se radi o spornim činjenicama koje imaju procesni karakter i od kojih zavisi postupanje suda u vanparničnom postupku, sud je dužan da sam odluči o postojanju tih činjenica.[9]

Vanparnični sud, nije ovlašćen da rešava nastali spor o činjenicama koje imaju materijalnopravni karakter i da sam reši prethodno pitanje koje se odnosi na uslovljavaajući odnos.[10] U situaciji kad postoji spor o činjenicama od kojih zavisi postojanje prava ili pravnog odnosa, sud je dužan da uputi učesnike da u određenom roku pokrenu parnični ili upravni postupak za utvrđivanje prava odn. pravnog odnosa.[11] Sporne činjenice se ne mogu utvrđivati u vanparničnom po-

[9] M. Trgovčević-Prokić, Vanparnični postupak, Postupak za određivanje naknade, u redakciji: Stanković G." Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava, Službeni glasnik, 2018, str. 541. Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž. br. 2791/10 od 1. februara 2012: "Nisu ispunjeni uslovi za prekid postupka kada je pred nadležnim organom uprave pokrenut upravni postupak radi poništaja pravnosnažnog rešenja kojim je protivniku predlagača ustupljeno uz naknadu i predato u državinu gradsko građevinsko zemljište, i to određene katastarske parcele, a radi formiranja građevinskih parcela (čiji je korisnik opština, odnosno grad), s obzirom na to da eventualno oglašavanje ništavim pravnosnažnog rešenja koje je donela opština nema karakter prethodnog pitanja u vanparničnom postupku radi određivanja visine naknade za izuzetu nepokretnost."

[10] G. Stanković, M.Trgovčević Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, 2016, str. 122.

[11] Odredbe čl. 119. i čl. 121.ZVP.

stupku jer je on nesporan, s jedne strane, a s druge, metod utvrđivanja spornih činjenica u postupku dokazivanja različit je i zavisi od prirode i vrste uslovljavajućeg odnosa.[12]

Tako, na primer, da li postoji testament, te da li je on validan u smislu da li ga je potpisalo lice koje je bilo uračunljivo i da li je sačinilo taj testament bez ikakvih mana volje, odlučiće parnični sud. Kada se u ostavinskom postupku utvrdi da je pojedino lice sačinilo testament, a učesnici to osporavaju, onda je to spor o činjenici koju sud ne može da reši u ostavinskom postupku. Tada je sud dužan da donese rešenje o prekidu ostavinskog postupka i da uputi učesnike na parnični postupak radi dokazivanja da li je testament validan ili ne.

Po okončanju postupka pred parničnim sudom nastaviće se vanparnični postupak. Ukoliko se po tužbi za poništaj testamenta utvrdi da je taj testament bio nezakonito sačinjen ili da ima određenih nedostataka koji utiču na njegovu validnost, postupak će se nastaviti prema pravilima naslednog prava koja se odnose na zakonsko nasleđivanje.

Isti je slučaj i kad je među zajedničarima sporno pravo na stvar koja je predmet postupka za uređenje upravljanja i korišćenje zajedničke stvari, ili je sporno pravo na stvari koje su predmet deobe, ili veličina udela u susvojini u postupku za deobu susvojine. Sud će npr. uputiti na upravni postupak učesnike ukoliko je sporno da li postoji usvojenje ili da li je punovažno usvojenje.

U vanparničnom postupku sud po službenoj dužnosti utvrđuje činjenično stanje i vrši trijažu prikupljenog procesnog materijala tako što utvrđuje koje su činjenice sporne i koje su činjenice nesporne u konkretnom postupku. Ukoliko su pojedine činjenice sporne, sud izvodi dokaze o njima po pravilima o dokazivanju i one potom, ukoliko se sud uverio da postoje i da su bili istiniti navodi jednog učesnika o njima, kao istinite ulaze u podlogu za odlučivanje.

Međutim, ako su sporne činjenice od značaja za rešavanje pravnih pitanja, na primer, naslednopravnih pitanja, ostavinski sud je tada dužan da uputi stranke na parnični postupak i da prekine s raspravljanjem zaostavštine dok se ne otkloni

[12] M. Trgovčević-Prokić, Vanparnični postupak, Postupak za određivanje naknade, u redakciji: Stanković G.,: Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava, 2018, str. 495. Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž. br. 10390/10 od 23. maja 2012. "Utvrđenje prava na otkup stana predstavlja prethodno pitanje za vanparnični поступак u situaciji kada neko lice pretenduje da otkupi stan, a nije steklo stanarsko pravo do dana stupanja na snagu Zakona o stanovanju 1992.godine, već docnije".

nastali spor o činjenicama od kojih zavisi nasledno pravo učesnika.[13] Na taj način sprečavaju se i otklanjaju procesne zloupotrebe koje bi išle na štetu savesnih stranaka (odugovlačenje postupka i drugo).[14]

Sporne činjenice koje su od značaja za rešavanje pravnih pitanja pojavljuju se kao prethodno pitanje, bez čijeg prethodnog rešenja sud (ili javni beležnik kada je u pitanju povereni ostavinski postupak)[15] ne mogu doneti meritorno rešenje. Ovo zakonsko rešenje predstavlja, u stvari, ograničenje delatnosti suda i izuzetak od pravila o nadležnosti vanparničnog suda da donosi sve odluke.

Upućivanje na drugi postupak posledica je okolnosti da vanparnični sud ne rešava činjenične sporove koji se jave kao prethodno pitanje u toku postupka i što svoju odluku može da zasnuje samo na nespornim činjenicama.[16]

Rok

Rok u kome treba da bude pokrenut postupak radi rešavanja spora o činjenicama od kojih zavisi postojanje prava ili pravnog odnosa određen je zakonom[17] i, po pravilu, ne može biti duži od 30 dana.

KRITERIJUMI UPUĆIVANJA UČESNIKA NA PARNIČNI ODN. UPRAVNI POSTUPAK

Sud će uputiti na parnični postupak, odnosno postupak pred upravnim organom onog učesnika čije pravo smatra manje verovatnim. Ovo je sasvim razu-

[13] Odredba člana 23. ZVP u vezi s odredbama čl. 119. i 121. ZVP. Vanparnični sud nije ovlašćen da rešava nastali spor o činjenicama koje imaju materijalnopravni karakter i da sam reši prethodno pitanje koje se odnosi na uslovljavajući odnos

[14] M. Trgovčević-Prokić, "Razlozi za prekid postupka", Pravni život, 4/2015, str. 640.

[15] M. Trgovčević-Prokić, *Ovlašćenje javnog beležnika i organizacija beležništva*, Službeni glasnik, 2012, U situaciji kada je sud javnom beležniku poverio ostavinski postupak, tada on postupa kao i sud i donosi rešenje o upućivanju stranke na parnični postupak.

[16] M. Trgovčević Prokić, Vanparnični postupak,U recenziji: Stanković G.,*: Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, 2018, str. 495. Odluka Višeg suda u Beogradu Gž. Br. 2265/12 od 27. februara 2013. godine "Postupak stečaja nad protivnikom predlagača ne predstavlja prethodno pitanje u vanparničnom postupku radi donošenja rešenja koje zamenjuje ugovor o otkupu stana, te se takav vanparnični postupak ne može prekinuti iz razloga kada je nad vlasnikom stana otvoren stečajni postupak".

[17] Član 24. ZVP.

mljivo s obzirom na činjenicu da se u pravu uvek polazi od pretpostavljenog prava, odnosno od zaštite lica koje je jače u pravu. U konkretnom slučaju, onaj ko tvrdi nešto što je manje izvesno, to mora u parničnom postupku i da dokaže.

Zakonodavac nije predvideo kriterije po kojima sud treba da odluči kog će učesnika uputiti na parnicu. Rešenje ovog pitanja zavisi od toga da li postoje ili ne postoje činjenice koje utiču na pravo jednog ili drugog učesnika.

U pogledu rešenja ovog pitanja postoje različita rešenja. Vanparnični sud može da ceni koje je od dva protivurečna tvrđenja manje verovatno, pa će uputiti na parnični postupak onog učesnika koji ističe manje verovatno tvrđenje.[18] S druge strane, mogućno je i da sud uputi na parnicu onog učesnika koji je ponudio sudu manje ubedljive dokaze. Postoji i shvatanje po kome upućivanje zavisi od toga kog učesnika prema pravilima materijalnog prava pogađa teret dokazivanja.[19]

Prema pravilu o teretu dokazivanja, koje je formulisano u odredbi čl. 231. st. 2. ZPP[20], učesnik koji tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarenje prava, ako zakonom nije drukčije propisano, dok stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drukčije propisano. Pravilo o tome koga pogađa teret dokazivanja neke činjenice često sadrži sama materijalnopravna norma koja reguliše konkretni odnos povodom koga je nastao spor među učesnicima.

U praksi nije lako odgovoriti na pitanje čije je pravo manje verovatno. Može se desiti da sud uputi učesnika na drugi postupak iako ga nije trebalo uputiti. U slučaju da dođe do pogrešnog upućivanja, parnični sud je dužan da se oglasi nenadležnim za postupanje, te da uputi stranke na vanparnični postupak radi izmene rešenja o upućivanju na parnicu.[21]

---

[18] B. Poznić, *op. cit*., str. 269 "Osavinski sud će u svakom konkretnom slučaju da ceni koje je od ta dva protivurečna tvrđenja manje verovatno,pa da stranku,koja ističe menje verovatno tvrđenje,uputi na parnični postupak «

[19] B. Blagojević, *Nasledno pravo*, Beograd, 1933, str. 335; Antić, O., *Nasledno pravo*, NIP *"Glas"*d.o.o. Beograd, 2008.

[20] Zakon o parničnom postupku "*Službeni glasnik RS*", br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014,....

[21] Trgovčević Prokić, Vanparnični postupak,U recenziji: Stanković G.,*: Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, ,2018,str. Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž br. 3616/10 od

Sudska praksa[22] stala je na stanovište da je "pravno pravilo ostavinskog postupka da se protiv naslednika koji zahteva nasledstvo na osnovu izjave poslednje volje, koja odgovara propisanim formalnostima i čija istinitost nije obrazloženo osporena, upućuje na parnicu onaj čiji se zahtev zasniva na zakonskom pravu nasleđa."

Od pravila da organ koji raspravlja zaostavštinu upućuje učesnika čije pravo smatra manje verovatnim, postoji izuzetak. Položaj tužioca[23] pripada učesniku koja se poziva na isključenje iz nasleđa[24] odnosno koji tvrdi da je isključenje valjano. Spor o osnovanosti isključenja nastaje pošto isključeni nužni naslednik istakne prigovor nepostojanja razloga i osnova za isključenje, a zainteresovano lice tome protivureči. Prema pravilu o teretu dokazivanja iz ZN, učesnik koji se poziva na isključenje iz nasleđa treba da bude upućen na parnicu. Sa procesnopravnog gledišta ovo rešenje je pravilno, jer u suprotnom bi tužilac morao da dokazuje negativnu situaciju.

U pojedinim postupcima predviđeno je odstupanje od opšte usvojenog pravila da se na parnični postupak upućuje učesnik čije se pravo smatra manje verovatnim, te se na parnični postupak upućuje predlagač. Ovo odstupanje predviđeno je u postupku deobe i uređenja načina korišćenja zajedničke stvari. Kada je među sukorisnicima ili suvlasnicima sporno pravo, odnosno obim prava na stvari, na primer veličina sukorisničkog odnosno suvlasničkog udela, sud je dužan da uputi predlagača da u određenom roku pokrene parnični postupak ili postupak pred upravnim organom, bez obzira na to čije je pravo manje verovatno[25].

---

14. februara 2012). Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž br. 3616/10 od 14. februara 2012. "Sud ne može prekinuti vanparnični postupak i uputiti na parnicu učesnika u postupku čije pravo smatra manje verovatnim, ukoliko prethodno nije cenio istaknuti prigovor nedostatka pasivne legitimacije i precizno utvrdio koja činjenica je sporna između učesnika u postupku te da li se o istoj činjenci već rešava u nekom drugom postupku (prethodno pravno pitanje)."

[22] Rešenje Vrhovnog suda NR Srbije GZZ. 15/52, Mapa Vrhovnog suda Srbije, knjiga XLL,odluka VS hrvatske Gzz 37/1983 od 9.6.1983

[23] Čl. 62. st. 4. Zakon o nasleđivanju "*Službeni glasnik RS*", br. 6/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015) u daljem tekstu: ZN: "Dokazivanje osnovanosti isključenja tereti onog ko se na isključenje poziva."

[24] Rešenje Vrhovnog suda NR Slovenije, Gž 299/60, *Poročilo*, 1960/2, br. 16.

[25] M. Trgovčević-Prokić, Vanparnični postupak,U recenziji: Stanković G.,*: Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, 2018, str. 551. Rešenje Višeg suda u Požarevcu, 1 Gž br. 462/14 (2013) od 15. maja 2014. godine.

Naime. odstupanje je preuslovljeno interesom predlagača za vođenje postupka.[26] U određenim slučajevima, i konkretne okolnosti kao što su samovlašće, uzurpacija od strane protivnika predlagača razlozi su za ovo zakonsko rešenje.

ZASTAJANJE I PREKID POSTUPKA

Zastajanje s postupkom, kao oblik privremenog obustavljanja vanparnične delatnosti, nije normirano pravilima vanparničnog procesnog prava na generalan način, tako da se kod ovog vida privremenog obustavljanja vanparnične delatnosti shodno primenjuju pravila ZPP (2011).[27]

U pojedinim vanparničnim postupcima zakonodavac je izričito predvideo mogućnost da dođe do zastajanja, kao što je to npr. u postupku za utvrđivanje mesta i vremena rođenja. Do zastajanja s postupkom, međutim, dolazi i iz nekih drugih razloga koji nisu izričito predviđeni zakonom (npr. dok se ne odluči o zahtevu za izuzeće), ili u slučajevima kad dolazi u obzir shodna primena pravila parnične procedure (npr. u situaciji kad se u toku vanparničnog postupka stranci postavlja privremeni zakonski zastupnik).

Zastajanje i prekid postupka mogu nastati sukcesivno u jednoj istoj vanparničnoj stvari.Kad sud odluči da uputi učesnika da pokrene postupak radi rešavanja prethodnog pitanja, on najpre zastaje sa postupkom. U rešenju kojim određuje zastajanje sa postupkom sud će odrediti da zastoj u postupku traje sve dok sud ne bude obavešten o pokretanju postupka na koji je učesnik bio upućen. Ako učesnici u ostavljenom roku pokrenu postupak i o tome obaveste sud, sud će doneti rešenje o prekidu postupka.

Prekid vanparničnog postupka, traje sve dok se postupak na koji je učesnik upućen ne završi pravnosnažnom odlukom. Prekid vanparničnog postupka može da traje dosta dugo, sve dok se u parničnoj, odnosno upravnoj pravnoj stvari ne iscrpu svi redovni pravni lekovi. Poseban problem u pogledu trajanja i dužine vanparničnog postupka može da predstavlja upućivanje na postupak pred upravnim organom.

---

[26] M.Trgovčević Prokić, G. Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije,* ,str. 156.

[27] M.Trgovčević Prokić, G. Stanković, *Vanparnični i javnobeležnički postupak Republike Srbije*,str. 85.

U upravnom postupku pravnosnažnost nastupa kad stranka više nema mogućnost da upotrebi žalbu kao redovno pravno sredstvo, niti tužbu kao pravno sredstvo za pokretanje upravnog spora.[28] Iz tih razloga prekid vanparničnog postupka može da traje prilično dugo, što nije u skladu s principom efikasnosti vanparničnog postupka. Kada je određen prekid postupka, neaktivnost suda u toku trajanja prekida postupka ne može se uzeti kao propust suda u oceni razumne dužine trajanja postupka.[29]

REŠENJE O PREKIDU

U odluci vanparničnog suda kojom se prekida postupak moraju se navesti razlozi zbog čega se smatra da odluka parničnog suda, zbog koje se prekida postupak u vanparničnoj pravnoj stvari, predstavlja rešenje prethodnog pitanja.[30]

U rešenju kojim se učesnik upućuje na parnični postupak vanparnični sud je dužan da odredi ko kao tužilac treba da pokrene parnični postupak protiv kog tuženog i da odredi predmet parnice – kakav zahtev za utvrđenje treba da bude istaknut u tužbi. Formulacija tužbenog zahteva ne mora da se poklapa sa sadržinom rešenja kojim je učesnik upućen na parnicu jer tužilac može u tužbi da kumulira i druge zahteve.

Ako učesnik koji je upućen na parnični postupak ili postupak pred upravnim organom u određenom roku, koji ne može biti duži od 30 dana, pokrene parnični postupak, odnosno postupak pred upravnim organom, vanparnični postupak biće prekinut do pravnosnažnog okončanja tog postupka. Ako nijedan od učesnika do završetka vanparničnog postupka ne pokrene parnični postupak, odnosno postupak pred upravnim organom, sud će dovršiti vanparnični postupak bez obzira na zahteve zbog kojih je učesnik upućen na parnični postupak, odnosno na postupak pred upravnim organom. Tako će sud raspraviti pitanje zaostav-

[28] G. Stanković, M. Trgovčević-Prokić, *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*"str. 126.

[29] M. Trgovčević-Prokić, Vanparnični postupak, U recenziji: Stanković G.,*: Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, 2018, str. 509; rešenja Vrhovnog kasacionog suda, R4 gp 17/2014 od 20. novembra 2014. utvrđena na sednici Odeljenja za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku 19. marta 2015.

[30] M. Trgovčević-Prokić, Vanparnični postupak, U recenziji: Stanković G.,*: Zbirka setenci iz građanskog i gađanskog procesnog prava*, 2018, str. 489. Rešenje Višeg suda u Beogradu, Gž. br. 641/15 od 3. juna 2015. god.

štine ako se, na primer, u parničnom postupku ne dokaže da sačinjeni testament nije validan.

Učesnik koji je propustio da u određenom roku pokrene postupak radi rešavanja prethodnog pitanja može to i kasnije da učini, sve do okončanja vanparničnog postupka. Odluku o upućivanju na parnični ili upravni postupak donosi sud, odnosno beležnik, kao poverenik suda u ostavinskom postupku. Rešenje o upućivanju na parnični ili upravni postupak predstavlja rešenje o upravljanju postupkom.

ŽALBA

Na rešenje o upućivanju na parnični ili upravni postupak učesnik u postupku ima pravo na žalbu. Protiv rešenja vanparničnog suda o upućivanju na parnicu dozvoljena je žalba, iako je ovo rešenje procesnopravne prirode.[31]

Ukoliko je učesnik izjavio žalbu na rešenje kojim je upućen na parnični postupak (ili na upravni postupak) drugostepeni sud je dužan da odluči. On može da odbije žalbu i da potvrdi prvostepeno rešenje o upućivanju na parnicu, a može i da usvoji žalbu i da ukine rešenje o upućivanju.

REZIME

Prethodno pitanje uvek predstavlja samostalnu pravnu celinu koja redovno može da bude poseban i glavni predmet odlučivanja u nekom postupku pravne zaštite. Kada postoji spor o činjenicama od kojih zavisi postojanje prava ili pravnog odnosa, sud je dužan da uputi učesnike da u određenom roku pokrenu parnični ili upravni postupak za utvrđivanje prava, odnosno pravnog odnosa.

Sporne činjenice koje su od značaja za rešavanje pravnih pitanja pojavljuju se kao prethodno pitanje, bez čijeg prethodnog rešenja sud (ili javni beležnik kada je u pitanju povereni ostavinski postupak) ne mogu doneti meritorno rešenje. Upućivanje na drugi postupak posledica je okolnosti da vanparnični sud ne rešava činjenične sporove koji se jave kao prethodno pitanje u toku postupka i što svoju odluku može da zasnuje samo na nespornim činjenicama. Ovo zakonsko rešenje predstavlja, u stvari, ograničenje delatnosti suda i izuzetak od pravi-

[31] Videti rešenje Vrhovnog suda NR Srbije GZZ. 15/52, Mapa Vrhovnog suda Srbije, knj. XLL br. 0. 64.

la o nadležnosti vanparničnog suda da donosi sve odluke. Odluka vanparničnog suda o prethodnom pitanju ima pravno dejstvo samo u vanparničnom postupku u kome je to pitanje rešeno.

Među učesnicima mogu da budu sporne činjenice koje imaju procesni ili materijalnopravni karakter. Ukoliko se radi o spornim činjenicama koje imaju procesni karakter i od kojih zavisi postupanje suda u vanparničnom postupku, sud je dužan da sam odluči o postojanju tih činjenica. Vanparnični sud, nije ovlašćen da rešava nastali spor o činjenicama koje imaju materijalnopravni karakter i da sam reši prethodno pitanje koje se odnosi na uslovljavajući odnos.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ
Judge, First basic court

THE PREVIOUS QUESTION IN THE OUT-OF-COURT PROCEDURE

Summary

The previous question always represents an independent legal entity that can regularly be a special and main subject of decision-making in a certain legal protection procedure. When there is a dispute about the facts on which the existence of a right or legal relationship depends, the court is obliged to instruct the participants to initiate a civil or administrative procedure for determining the right or the legal relationship within a certain period.

Controversial facts that are of relevance to the resolution of legal issues arise as a preliminary matter, without whose previous ruling, the court (or the notary public when it comes to the entrusted inheritance procedure) can not make a meritory solution. Referral to another procedure is due to the circumstance that a non-contentious court does not resolve factual disputes that arise as a preliminary issue during the proceedings and which can base its decision only on uncontested facts. This legal solution represents, in fact, the limitation of the activity of the court and the exception to the rules on the jurisdiction of the non-contentious court to make all decisions. The decision of the non-contentious court on the previous issue has legal effect only in the non-contentitous procedure in which this issue has been resolved.

Among the participants, there may be controversial facts having a procedural or substantive legal character. In the case of controversial facts having a procedural character and on which the conduct of the court in the non-contentious proceedings depends, the court is obliged to decide on these facts. A non-contentious court is not authorized to resolve the dispute arising out of facts having a material-legal character and to resolve the previous question relating to a conditional relationship.

ANA LUKIĆ-VIDOJKOVIĆ

OBAVEZNA MEDIJACIJA KAO NAČIN REŠAVANjA SPOROVA

– Sa Republikom Srbijom jedinicama lokalne smouprave, javnim preduzećima i organizacijama sa javnim ovlašćenjima, povodom masovnih povreda prava –

U V OD

U najvećem broju parničnih postupaka[1] koji se vode pred sudovima Republike Srbije tuženi su Republika Srbija, jednice lokalne samouprave i javna preduzeća ili organizacije sa javnim ovlašćenjima[2]. Kada je u tim postupcima bitno

Ana Lukić-Vidojković, sudija Osnovnog suda u Nišu.

[1] S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo,* Zagreb, 2004, str. 3: "Građanski parnični postupak je opšta, redovna i osnovana metoda zaštite ugroženih ili povređenih subjektivnih građanskih prava, koju pruža državna pravosudna organizacija". Više o ovom postupku videti u: S. Triva, M. Dika, *ibid.,* str. 3-6; i G. Stanković, *Građansko procesno pravo,* Niš, 1998, str. 24 i 80-81.

[2] Prema podacima iz elektronskog upisnika Osnovnog suda u Nišu ukupan broj primljenih predmeta u parničnoj materiji (upisnik "P") je u: 2012. godini-5432, u 2013. godini-5090, u 2014. godini-12335, u 2015. godini-18998, u 2016. godini-12872, i u 2017. godini-10707. Slede podaci, po godinama, o broju parničnih postupka u kojima su stranke bile sledeća lica: Republika Srbija (2012-53, 2013-24, 2014-90 i to do 31.05.2014-41, 2015-326, 2016-568, 2017-380), Grad Niš (2012-429, 2013-257, 2014-1095 i to do 31.05.2014-665, 2015-1206, 2016-2602, 2017-1200), Nacionalna služba za zapošljavanje Republike Srbije (u daljem tekstu: NSZ, 2012-90, 2013-39, 2014-269, 2015-2439, 2016-1505, 2017-1076), Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje (u daljem tekstu: RF PIO, 2012-48, 2013-1723, 2014-1908, 2015-5206, 2016-1313, 2017-159), JP Direkcija za izgradnju Grada Niša (2012-12, 2013-10, 2014-139, 2015-301, 2016-170, 2017-37), JP Putevi Srbije (2012-25, 2013-7, 2014 -59, 2015-72, 2016-38, 2017-40), JKP Mediana Niš (2012-162, 2013-63, 2014-74, 2015-126, 2016-125, 2017-190), JKP Objedinjena naplata Niš (2012-655, 2013-243, 2014-501, 2015-578, 2016-418, 2017-387), JKP Parking servis Niš (2012-64, 2013-43, 2014-145, 2015-

isto činjenično stanje i pravni osnov, govorimo o takozvanim masovnim parnicama[3], koje nastaju povodom masovnih povreda prava[4]. Najveći broj ovih postupka su parnice o sporovima male vrednosti[5], te su iznosi troškova parničnog postupka mnogostruko veći od iznosa glavnog zahteva[6], a te troškove u slučaju gubitka

363, 2016-229, 2017-150), JKP Gradska Toplana Niš (2012-46, 2013-27, 2014-87, 2015-118, 2016-29, 2017-19), JKP Naissus Niš (2012-39, 2013-28, 2014-62, 2015-44, 2016-91, 2017-110), PU Pčelica Niš (2012-0, 2013-0, 2014-4, 2015-4, 2016-1475, 2017-51).

[3] O tome šta su masovne parnice pogledati nastavak ovog rada str. 4-5.

[4] O tome šta su masovne povrede prava videti u ovom radu str. 4-5.

[5] Parnice o sporovima male vrednosti jesu parnice u kojima se tužbeni zahtev odnosi na potraživanje u novcu koje ne prelazi dinarsku protivvrednost 3.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan isplate; parnice u kojima se predmet tužbenog zahteva ne odnosi na potraživanje u novcu, ali je tužilac naveo u tužbi da pristaje da mu se umesto ispunjenja određenog zahteva primi navedeni iznos; i sporovi u kojima tužilac odredi vrednost predmeta spora na navedeni iznos, a ne radi se o novčanom potraživanju. Za postupanje u parnicama o sporovima male vrednosti zakonodavac je kreirao poseban parnični postupak, tzv. bagatelni, mališni postupak. Ovaj postupak je regulisan u Glavi XXXIII Zakona o parničnom postupku *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013 i 55/2014 (u daljem tekstu: ZPP.), i znatno se razlikuje od opšteg parničnog postupka, a posebna pravila kojima je oblikovan u funkciji su efikasnijeg i ekonomičnijeg rešavanja sporova male vrednosti, za koje se može pretpostavtiti da su relativno manjeg značaja za stranke. O ovom postupku videti više: N. Petrušić, D. Simonović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2012, str. 862-883; S Zarić, Posebna pravila postupka u sporovima male vrednosti, u: *Bilten Vrhovnog suda Srbije,* Beograd, 2005, br. 2, str. 253-278; N. Bodiroga, Neki problemi u primeni Zakona o parničnom postupku u sporovima male vrednosti, u*: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 2015, br. 2, str. 653-670.

[6] Na primer u velikom broju parničnih postupaka u kojima su tužioci korisnici naknade za slučaj nezaposlenosti, a tužena NSZ, tražena je naknada štete u veoma mali iznosima, oko 1.000,00 dinara. U svim postupcima korisnike novčane naknade su zastupali punomoćnici advokati, i najveći broj tužbi podiglo je nekoliko advokata, pa su oni zastupali i na stotine klijenata. Tužbeni zahtevi su usvajani, pa je NSZ obavezivana da korisnicima novčane naknade, kao tužiocima koji su uspeli u sporu, isplati troškove parničnog postupka, koji su bili su višestruko veći od iznosa glavnog zahteva. U najveći broju ovih postupka bilo je održano najmanje dva ročišta, izvođen je dokaz ekonomsko-finansijskim veštačenjem, te su tužioci pored tužbe podnosili i podnesak kojim je preciziran tužbeni zahtev. Prema Tarifi o nagradama i naknadama troškova za rad advokata, *Službeni glasnik RS*, br. 121/2012, predviđena je nagrada advokatu u parnicama u kojima je vrednost predmeta spora do 450.000,00 dinara u sledećim iznosima: 6.000,00 dinara za sastav tužbe i svih podnesaka, 7.500,00 dinara za zastupanje na održanom ročištu, 4.500,00 dinara za pristup neodražnom ročištu, i 12.000,00 za sastav žalbe. Zakonom o sudskim taksama, *Službeni glasnik RS*, br. 28/1994, 53/1997, 16/97, 34/2001-drugi zakon, 9/2002, 29/2004, 116/2008-drugi zakon, 31/2009, 101/2011, 93/2014 i 106/2015, određena je iznos sudske takse za tužbu i presudu za vrednost predmeta spora do 10.000,00 dinara, od 1.900,00 dinara, a za vrednost od 10.000 do 100.000, iznos je 4% vrednosti predmet spora uvećano za 1.900,00 dinara. U datom primeru najmanji iznos troškova bio bi 30.800,00 dinara, uvećano za iznos naknade za veštačenje koji se kretao od 6.000,00 dinara do 8.000,00 dinara. O ovom negativnom aspektu masovnih parnica videti više i: S. Daniels, J. Mar-

spora, snose na kraju svi građani[7]. Zbog različitih odluka sudova (neujednačena sudska praksa), u ovim postupcima u kojima je bitno isto činjenično stanje i pravni osnov, povređuje se pravo na pravično suđenje[8]. Brojnost tih postupaka utiče na efikasnost sudova u rešavanju svih predmeta, što često dovodi do povrede prava na suđenje u razumnom roku[9].

tin, The Impact That It Has Had Is Between People's Ears: Tort Reform, Mass Culture, and Plaintiffs' Lawyers, u: *DePoul Law Review*, 2000, vol. 50, str. 453-454.

[7] Videti: *ibid.*, gde autori navode: where the cost to society is unacceptably high ("we all pay the price"), u prevodu: da su troškovi neopravdano visoki i da svi plaćamo cenu. Naime, posmatrajući našu temu, i u slučaju da građani Republike Srbije kao tužici uspeju u sporu i sud obaveže bilo koga od navdenih pravnih lica kao tuženih na isplatu novčanog iznosa i troškova postupka, ta isplata izvršiće se iz budžeta Republike Srbije ili budžeta jedinice lokalne samouprave, to jest iz sredstava javnog preduzeća ili organizacije sa javnim ovlašćenjima. Prihodi tih budžeta su novčana sredstva koja su izdvojili građani. Na primer videti: Zakon o budžetu Republike Srbije za 2018. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 113/2017, u kojem su između ostalog određeni kao prihodi: poreski prihodi, akcize, carine i ostalo, a kao rashodi: na primer, transferi NSZ, RF PIO, opštinama i gradovima.

[8] Pravo na pravično suđenje je složeno procesno ljudsko pravo koje čine više različitih elemenata: pravo na pristup sudu, pravo na javnu raspravu, pravo na nezavistan i nepristrasan sud, pravo na suđenje u razumnom roku, pravo na jednakost u oružju, kao i pravo na obrazloženu sudsku odluku. O pravu na pravično suđenje videti više u: J. Milenković, *Pravo na pravično suđenje u građanskim sporovima prema članu 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: doktorska disertacija,* Beograd, 2016. Ovo pravo prvi put je garantovano Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima (Universal Declaration of Human Rights) prevodi se kao i Opšta deklaracija o pravima čoveka, koja je doneta od strane Ujedinjenih nacija 1948. godine, a član 10. ove Deklaracije predviđa: "Svako ima popuno jednako pravo na pravično i javno suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji će odlučivati o njegovim pravima i obavezama i o osnovima svake krivične optužbe protiv njega." I članom 14. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (International Covenant on Civil and Political Rights), koji je potpisan 19.12.1966. godine u Njujorku, a ratifikovan Zakonom o ratifikaciji, *Službeni list SFRJ,* br. 7/71, takođe se štiti pravo na pravično suđenje. Pravo na pravično suđenje garantovano je Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (skraćeni naziv), European Convention on Human Rights, pun naziv: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, koju je Savet Evrope usvojio 04.11.1950. godine, a Republika Srbija ratifikovala 26.12.2003. godine, objavljena u *Službenom listu SCG –Međunaroni ugovori,* br. 9/2003, a sa usvojenim Protokolima u *Službenom listu SCG –Međunaroni ugovori,* br. 5/2005 i 7/2005 i *Službenom listu RS–Međunaroni ugovori,* br. 12/2010. U članu 6. ove Konvencije predviđeno je da svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Članom 32. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS,* br. 98/2006 je grantovano: "Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.".

[9] Pravo na suđenje u razumnom roku je element prava na pravično suđenje, videti napomenu br. 7. Republika Srbije je usvojila Zakon o Zaštiti prava na suđenje u razumnom roku,

Načelo pristupa pravdi, *access to justice*[10], nalaže da se razmotre druge opcije za rešavanje ovih sporova[11], budući da dosadašnji vladajući mehanizam, parnični postupak, ne daje zadovoljavajuće rezulatate kod masovnih poverda prava.

Svrha ovog rada je predlaganje jednog od mogućih efikasnih načina[12] za rešavanje svih navedenih problema masovnih parnica, u onim sporovima u kojima su strane: Republika Srbija, jednice lokalne samouprave, javna preduzeća ili organizacije sa javnim ovlašćenjima, a to je uvođenje obaveznog postupka posredovanja (medijacije). Zašto samo u sporovima u kojima su stranke navedena lica?

Prvo, zato što već postoje zakonom uređeni postupci za rešavanje sporova protiv Republike Srbije i jedinica loklne samouprave, pre parničnog postupka[13], pa bi propisivanje obavezne medijacije bio logičan sled događaja, a ne postoje razlozi protiv "proširenja" ovakvog načina rešavanja sporova kada su stranke i javna preduzeća i organizacije sa javnim ovlašćenjeima: sva navedna pravna lica obavljaju delatnosti u interesu građana Republike Srbije, pa je *ratio* za propisivanje posebnih postupaka za rešavanje sporova sa ovim licima isti. Drugi razlog je postojanje opšteg interesa da se ovakvi sporovi reše u efikasnom i ekonomič-

Službeni glasnik RS, br. 40/2015. O ovom pravu videti više: S. Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku,* Beograd, 2012.

[10] Videti str. 8-10 ovog rada i literaturu navedenu u napomenama broj 35 i 37.

[11] Spor ili konflikt je situacija u kojoj dva ili više pojedinca žele da ostvare ciljeve od kojih se kao ostvarljiv opaža samo jedan uli drugi, ali ne i oba-definicija preuzeta iz: C. R. Mitchell, The structure of international conflict, u: *Socijalni konflikti, karatkteristike i način rešavanja*, Beograd, 1996, str. 37. O građanskopravnom sporu videti: G. Stanković, *op. cit*., str. 50: "Kada u razvoju jednog građanskopravnog odnosa dođe do neslagalja strana u pogledu tog građanskopravnog odnosa, građanskog subjektivnog prava ili građanskopravnog zahteva, kaže se da je nastao građanskopravni spor".

[12] Ostali mogući načini su uvođenje nekog od posebnih parničnih postupka za masovne povrede prava, videti napomene broj 21-23, ili regulisanje efikasnog mehanizma za rešavanje spornog pravnog pitanja (ujednačavanje sudske prakse) koji će sprečiti mogućnost donošenja različitih odluka. Videti na primer: Nacrt predloga za izmenu Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske koji u članu 95 predlaže Glavu trideset drugu-b Ogledni postupak radi rešavanja pitanja važnog za jedinstvenu primenu prava, dostupno na: https://esavjetovanja.gov.hr/Documents/Download?documentId=3185 (pristup: 31.07.2018.).

[13] Videti u nastavku ovog rada, str. 6-7.

nom postupku, sa stanovišta interesa[14], kako bi se sprečilo bespotrebno "presipanje" novčanih sredstva na relaciji: građani-budžet-građani[15].

U prvom delu ovog rada ukratko je objašnjen pojam masovnih povreda prava i prikazan je pregled važećeg zakonskog mehanizma u Republici Srbiji za njihovo rešavanje, sa ukazivanjem na nedostatke sadašnjih rešenja. Drugi deo posvećen je objašnjenju pojma pristupa pravdi u svetlu postupka medijacije, u trećem delu elaboriran je institut obavezne medijacije, a četvrti deo predstavlja zaključak ovog rada, jer su dati razlozi za uvođenje obavezne medijacije u sporovima povodom masovnih povereda prava.

KAKTERISTIKE SPOROVA POVODOM MASOVNIH POVREDA PRAVA SA REPUBLIKOM SRBIJOM, JEDINICAMA LOKALNE SMOUPRAVE, JAVNIM PREDUZEĆIMA I ORGANIZACIJAMA SA JAVNIM OVLAŠĆENjIMA I SADAŠNjI ZAKONSKI OKVIR NjIHOVOG REŠAVANjA

Šta su masovne povrede prava?

Masovne povrede prava su povrede prava velikog broja lica do kojih je došlo protivpravnim postupanjem jednog istog pravnog subjekta (*mass harm situations*). Kada su masovne povrede prava predmet sudskih postupaka onda govorimo o takozvanim masovnim parnicama.

Pojam "masovne parnice" je nastao u sudskoj praksi i njime se označava postojanje velikog broja parnica koji imaju bitno isti činjenični i pravni osnov, tako da su tužioci fizička lica, a tuženi je isto pravno lice, najčešće dražava, jednice lokalne samouprave, javna preduzeća ili organizacije sa javnim ovlašćenjima.

Poslednjih godina permanentno se povećava njihov broj, tako da u pojedinim sudovima ove parnice dominiraju u odnosu na sve druge parnice, kakav je, na primer, slučaj u Osnovnom sudu u Nišu[16]. Skoro sve "masovne parnice" su postupci u parnicama o sporovima male vrednosti[17], te je on najzastupljeniji zakonski mehanizam za rešavanje sporova.

---

[14] Sporovi se mogu rešiti sa stanovišta sile, sa stanovišta prava i sa stanovišta interesa. O tome videti: N. Petrušić, Medijacija kao metod rešavanja sporova, u: Temida, 2004, str. 34-35. Rešavanje spora sa pozicije interesa znači da se spor ne rešava primenom neke pravne norme, već da se postiže dogovor koji elimiše sukob, pružajući svakoj strani prihvatljiv dobitak.

[15] Videti napomenu broj 7.

[16] Videti napomenu broj 2.

[17] Videti napomenu broj 5.

Život u masovnom društvu nužno proizvodi masovne povrede, te postoje teorijska stanovišta da su potrebne i "masovne kompenzacije" te kako obezbediti pravednu "masovnu pravdu"[18]. Postoji potreba za efikasnim procedurama kod masovnih povreda prava[19], a sve u cilju ostvarenja proceduralne pravde, koja se ne tiče sadržaja donete odluke, već načina kojim se do te odluke stiglo[20]. Zato je u mnogim državama prihvaćeno stanovište da se sporovi povodom masovnih povreda prava razlikuju od ostalih, te je to dovelo do odstupanja od poimanja parnice, kao individulane zaštite jednog tužioca prema jednom tuženom, uvođenjem pravnih instituta, u okviru sudskog postupka, koji su efikasniji u rešavanju masovnih sporova. Tako u Sjedinjenim Američkim država postoji *class action* (klasna tužba)[21], u Engledkoj *representative proceedings*[22], model test postupka[23] u Austriji, Nemačkoj i Grčkoj, odnosno *postupak uzorka* u Sloveniji[24].

---

[18] C. Menkel-Meadow, Ethics and the Settlements of Mass Torts: When the Rules Meet the Road, u: *Cornell Law Rewiew*, vol. 80:115, 1995, str. 1161; C. Menkel-Meadow, Taking the Mass out of Mass Torts: Reflections of a Dalkon Shield Arbitrator on Alternative Dispute Resolution, Judging, Neutrality, Gender, and Process, u: *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 31:513, 1998, str. 513-514.

[19] H. Koch, Non-class group litigation under EU and German Law, u: *Duke Journal of Comarative &International Law,* vol. 11, 2001, str. 366.

[20] D. Popadić, Mnoga lica pravde, u: *Teorijske osnove medijacije-perspektive i doprinosi*, Beograd, 2009, str. 26.

[21] Videti pravilo 23 Federalnih pravila parničnog postupka (*Federal Rules of Civil Procedure*) dostupno na: https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/ (pristup 31.07.2018.). D. Janićijević, Rešavanje tzv. klasnih sporova u parničnom i arbitražnom postupku, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 2006, br. 47, str. 111, navodi: "Klasna tužba je procesni instrument kojim se tužiocu omogućava da inicira građanski sudski postupak, ne samo u svoje ime, zbog povrede svojih prava, već isto tako, i u ime drugih lica koja se nalaze u istoj ili sličnoj pravnoj situaciji, zato što su njihova prava na isti način povređena od strane istog subjekat". O klasnim tužbama videti više u E. Sherman, Group Litigation Under Foreign Legal Systems: Variation and Alternatives to American Class Action, u: *DePaul Law Review*, vol. 52, 2002, str. 401-432.

[22] Videti više: E. Shreman, *ibid*., str. 422.

[23] Radi se "o postupku u kojem jedan tužilac pokreće individualni postupak za zaštitu svog prava, u kojem podiže zahtev za utvrđivanje postojanja povrede, kao i utvrđivanje da sva lica koja se nalaze u istim okolnostima imaju pravo podneti zahtev za naknadu pričinjene štete. Ukoliko tužilac uspe u pokrenutom postupku, sva ostala lica mogu dopunski pokrenuti postupak u kome će predmet odlučuvanja biti jedino zahtev ovih lica za naknadu štete, ali ne i pitanje da li postoji povreda"- definicija preuzeta iz T. Zoroska-Kamilovska, T. Shterjova-Postupci za zaštitu kolektivnih prava i interesa sa osvrtom na stanje u Republici Makedoniji, u: *Pravo-teorija i praksa*, 2014, br.7-9, str. 42-58.

[24] Videti: član 279b. Zakona o parničnom postupku Republike Slovenije (Zakon o pravednom postupku, Uredni list Republike Slovenije št. 26/1999-45/20008). Više o tom postupku: N. Betetto, Vzorčni postopek, u: *Pravni letopis*, 2011, str. 231-241.

U cilju harmonizacije prava članica Evropske unije i omogućavanja neometanog pristupa pravdi i jednakoj pravnoj zaštiti, doneta je *Preporuka o zajedničkim principima za mehanizme kolektivne zaštite u pogledu ostvarivanja zahteva za propuštanje i zahteva za obeštećenje u državama članicama, koje se tiču povrede prava garantovanih propisima Unije,* koju je Evropska komisija usvojila juna 2013. godine[25].

Važeći ZPP ne poznaje institut sličan navedenim institutima. U Zakonu o parničnom postupku iz 2011. godine, u glavi XXXVI bio je regulisan "Postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana"[26], ali su te odredbe proglašene nesutavnim. Pored parničnog postupka, kao mehanizma rešavanja ovih sporova, zakonodavac Republike Srbije predvideo je samo dva načina za mirno rešavanje sporova upravo protiv Repbulike Srbije i jednica lokalne samouprave. Jedan od njih je obavezan, propisan Zakonikom o krivičnom postupku[27], prethodi parničnom postupku i tiče se spora za nadoknadu nematrijalne štete[28] lica koje je neosnovano lišeno slobode. To lice je dužno da se pre podizanja tužbe obrati Ministrastvu nadležnom za poslove pravosuđa zahtevom za nadoknadu štete[29].

---

[25] *Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU),* Official Journal L 201/60, 26/7/2013, dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN, (pristup 31.07.2018.). Videti: N. Petrušić, Kolektivna pravna zaštita: Evropski pristup, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 2014, br. 68, str. 303-324.

[26] Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik* RS, br. 72/2011, i Odluka Ustavnog suda IUZ 51/2012 od 23.05.2013. godine objavljena u *Službenom glasniku* RS, br. 49/2013. Više o ovom postupku: N. Petrušić, D. Simonović, *op.cit.,* str. 890-903. Ovaj postupak je propisan, na primer, u bugarskom pravu, videti: N. Petrušić, Postupak za kolektivnu zaštitu prava u bugarskom pravnom sistemu, u: *Zbornik radova sa naučnog skupa: Ljudska prava između ideala i izazova sadašnjosti, Kosovska Mitrovica*, 2016, str. 27-44.

[27] *Službeni glasnik RS,* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

[28] "Šteta je svaki gubitak koji je neko, usled određenog događaja, trpi na svojim pravno zaštićenim interesima, a za koje je neko odgovoran", definicija preuzeta iz: J. Radišić, *Imovinska odgovornost i njen doseg,* Beograd, 1979, str. 88. U istom delu, str. 97-98, ovaj autor ukazuje da je nematerijalna šteta ona koja se tiče samog integriteta ličnosti, onoga što on jeste, a koja nema tržišnu vrednost. Član 155. 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 SC*, br. 1/2003 - *Ustavna povelja*, određuje da je nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, nematerijalna šteta. Više o nematerijalnoj šeteti videti: N. Vukadinović, *Nematerijalna šteta: pojam, vidovi, utvrđenje, naknada,* Novi Sad, 2015.

[29] Član 588. Zakonika o krivičnom postupku, *op.cit.*

Tek ukoliko zahtev ne bude bio usvojen ili Komisija ne odluči o njemu, može se pokrenuti postupak tužbom[30].

Zakon o parničnom postupku u članu 193.[31] propisuje mogućnost obraćanja nadležnom pravobranilaštvu u slučaju pokretanja tužbe protiv Republike Srbije i jedinice lokalne samouprave.

Pre izmena ZPP[32] bilo je propisno obavezno obraćanje, ali je ono proglašeno neustavnim. Praksa pokazuje da se veoma mali broj sporova reši na navdeni način[33].

---

[30] Član 589, *ibid.* O ovom postupku videti više: S. Zlatković, Postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neopravdano osuđenih i neosnovano lišenih slobode, u: *Izbor sudske prakse-stručno informativni časopis*, br. 7-8, 1996, str. 69-72; J. Borovec, Obeštećenje neosnovano osuđenih lica i neosnovano lišenih slobode u sudskoj praksi, u: *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, knj. 548, br. 10, 2011, str. 779-793.

[31] Član 193 ZPP, glasi: "Lice koja namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, može da pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe. Predlog za mirno rešavanje spora mora da sadrži sve podatke iz člana 192. ovog zakona. Podnošenjem predloga iz stava 1. ovog člana nastaje zastoj roka zastarelosti u trajanju od 60 dana. Ako u roku iz stava 2. ovog člana Republički javni pravobranilac ne odgovori na predlog, smatra se da predlog nije prihvaćen. Sporazum postignut između Republičkog javnog pravobranioca i lica iz stava 1. ovog člana ima snagu izvršne isprave. Odredbe st. 1. do 4. ovog člana shodno se primenjuju i u slučaju podnošenja tužbe protiv jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kada se predlog za mirno rešavanje spora može podneti nadležnom pravobranilaštvu, odnosno ovlašćenom zastupniku jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave." O ovome videti više: G. Stanković, Postupak za mirno rešavanje spora obaveznim pregovaranjem potencijalnih stranaka pre parnice: beleška uz čl. 193. Zakona o parničnom postupku, u: *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, knj. 557, br. 11, 2012, str. 833-849.

[32] Zakonom o izmenama i dopunama zakona o parničnom postupku, *Služeni list RS*, br. 55/14, između ostalog izvršena je izmena člana 193. stav 1. na sledeći način: "U članu 193. stav 1. reči: "dužno je" zamenjuju se rečju: "može"".

[33] Prema podacima dobijenim od Državnog pravobranilaštva-Odeljenje u Nišu, po osnovu člana 193. ZPP, to pravobranilaštvo zaključilo je: 2012. godine 36 sporazuma; 2013. godine 25 sporazuma; 2014. godine 69 sporazuma (do 31.05.2014. godine 31, a nakon toga 38); a u periodu od 01.01.2015. do 31.12.2017. godine nije bilo zaključenih sporazuma. Gradsko pravobranilaštvo Grada Niša nije vodilo posebnu evidenicu o broju zaključenih sporazuma po navedenom članu 193. ZPP pre novembra 2016. godine. Slede podaci o broju zaključenih sporazuma nakon toga: 2016. godine 94 sporazuma: 85-ujed psa, 2-ujed mačke, 4-pad na javnoj površini, 3-pad na ledu; 2017. godine 61 sporazum: 39-ujed psa, 5-ujed mačke, 3-pad na javnoj površini, 14-pad na ledu; 2018. godine, do maja meseca, 25 sporazuma: 22-ujed psa, 0-ujed mačke, 2-pad na javnoj površini, 1-pad na ledu. U usmenom razgovoru dobijen podatak da je tih sporazuma bilo mnogo više do 2014. godine.

Nedostaci sadašnjih zakonskih rešenja

Opisani problemi[34] koji je javljaju kod masovnih parnica nam pokazuju da sadašnji parnični postupak nije adekvatan mehanizam za rešavanje masovnih povreda prava.

Ni postupci za mirno rešavanje ovih sporova pre parničnog postupka nisu često korišćeni. Mišljenja smo da se nedostaci kriju u samoj strukturi tih postupaka, koji se sastoje samo iz dve faze: lice koje traži nadoknadu podnosi zahtev za isplatu Ministrastvu pravde ili nadležnom pravobranilaštvu, a oni donose odluku po tom zahtevu, kojom se predlog iz zahteva može potpuno ili delimično prihvatiti, ili ne prihvatiti, ali je moguće i "ćutanje". Ovi postupci se vode u pismenoj formi, što znači da nema direktne i neposredne komunikacije između strana u sporu, te nema ni pregovaranja, međusobnih ustupaka, pa ni mogućnosti da se spor reši na sasavim drugačiji način od prvobitno predloženog zahteva za isplatu, a koji bi možda bio u interesu obeju strana.

Upravo zato treba razmotriti i druge, alternativne, načine za rešavanje sporova, u cilju ostvarivanja prava na pristup pravdi.

MEDIJACIJA KAO JEDAN OD NAČINA ZA PRISTUP PRAVDI

Pristup pravdi

Zagovornici modernog pokreta za rešavanje sporova *modern conflict resolution movement*[35], zalažu se za proceduralnu pravdu uvođenjem diverziteta postupaka koji će odgovarati prirodi spora i strankama, ne smatrajući da je jedini način za rešavanje konflikta između dve suprotstavnjene strane učešće sudije kao trećeg koji taj spor rešava primenjujući pravo. Ovaj pokret je nastao kao reakcija na legalni formalizam i normativizam koji su posmatrali pravo samo kao sistem normi. Nova vizija načina rešavanja sporova podrazumeva da su ljudi sa svim svojim kulturnim, psihološkim i socijalnim karakteristikama[36] bitan element prava.

---

[34] Videti uvod ovog rada.

[35] Više o ovom pokretu: S. Hampshire, Justice is conflict, 2000, str. 35, elektronska verzija dostupna na: https://books.google.rs/books?hl=en&lr=&id=pu1VDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR1&dq=justice+is+conflict&ots=IfsegYWoYv&sig=WGFc81vOLUinUvXcgktM_d5Y2MA&redir_esc=y#v=onepage&q=justice%20is%20conflict&f=false, (pristup: 13.07.2018. godine).

[36] O ovome videti više u: M. Deutch, Subjective features of conflict resolution: Phychological, social and cultural influences, u: *Socijalni konflikti, karatkteristike i način rešavanja*, Beograd, 1996, str. 15-36.

Pristup pravdi u opštem smislu podrazumeva mogućnost pojednica da svoj zahtev iznese pred sud i dobije sudsku odluku, po materijalnom pravu koje ispunjava određene standarde[37]. Međutim, šire shvatanje pristupa pravdi znači i da zahtev ne mora biti iznet pred sud već pred drugo kvalifikovano telo koje može adekvatno rešiti spor[38]. Za adekvatan pristup pravdi bitna je socijalna potreba lica koje "traži pravdu", legalni odgovor na takav zahtev i rezultat postupka[39]. To znači da za prisup pravdi nije presudno obezbediti samo sudski sistem i propisati materijalna i proceduralna prava, već je od uticaja i da li je takav sudski postupak ekonomičan sa stanovišta troškova, koliko je brz i da li su njegovi rezultati za strane u sporu zadovoljavajući.

Još jedan činjenica značajna je za pristup pravdi, a to je interes samih strana u sporu o načinu njegovog rešavanja. Nije uvek interes spor rešiti sa stanovišta prava, već je često interes samo rešiti spor tako da obe strane budu zadovoljne i zadrže postojeće dobre odnose.

Tako je 70-ih godina prošlog veka došlo do uvođenja *alternativnih načina za rešavanje sporova*, skraćeno: *ARS* ili *ADR*[40] kao načina pristupa pravdi, koji je u početku bio ismejavan kao *second hand justice*, ali je praksa pokazala da se ovi ADR postupci uveliko koriste kao načini za rešavanje sporova.

Naročito se problem pristupa pravdi uočava kod masovnih povreda prava propisivanjem samo opšteg parničnog postupka za njihovo ostvarenje, bez ostavljanja mogućnosti alternativnih načina rešavanja ovih sporava[41]. Ovo zato što se

---

[37] F. Rancioni, *Access to justice as a human right*, 2007, str. 1, elektronska verzija dostupna na: https://books.google.rs/books?hl=en&lr=&id=dmxCAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP8&dq=access+to+justice+as+a+human+&ots=xE8K_22grM&sig=egV7mbofglYtCCraHYrjY3E7uss&redir_esc=y#v=onepage&q=access%20to%20justice%20as%20a%20human&f=false, (pristup: 13.07.2018. godine.).

[38] *Ibid.*, str. 4.

[39] M. Cappelletti, Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement, u: *Modem Law Review,* vol. 56, 1993, str. 283.

[40] Askraćeno od Alternative Dispute Resolution. Pored medijacije ADR se odnosi i na: arbitražu, med arb, ranu evaluaciju i slično. Videti više: H. Streeter-Schaefer, A Look at Court Mandated Civil Mediation, u: *Drake Law Review*, vol. 49, 2001, str. 369-370.

[41] O mogućnosti rešavanja masovnih poverda prava ADR metodama videti više u: C. Menkel-Meadow, Taking the Mass out of Mass Torts: Reflections of a Dalkon Shield Arbitrator on Alternative Dispute Resolution, Judging, Neutrality, Gender, and Process, u: *Loyola of Los Angeles Law Review,* vol. 31, 1998, str. 512-549, u kojem autorka opisuje kako je više hiljada sporova protiv preduzeća Dalkon Shield, radi naknade štete zbog neispravnog medicinskog sredstva: spirale, okončan arbitražom, a ona smatra da je medijacije mogla biti bolje rešenje.

ne može posmatrati jedan postupak izolovan od ostalih postupka o istoj povredi, te se nužno mora menjati i postojeće shvatanje o načinu rešavanja ovakvih sporova: potreban je jedinstveni način odlučivanja o sporovima sa bitno istim činjeničnim i pravnim osnovom, uvažavajući pravo svakoga da dobije iste benefite od postupka koje je imalo i drugo lice u istoj pravnoj situaciji.

Jedan od ADR postupka je i medijacija.

Pojam i osnovna načela medijacije

Medijacija, kao postupak rešavanja sporova, ima svoju dugu istoriju, i prethodi sudskom postupku kao načinu rešavanja sporova.[42]

Medijacija je intervenisanje u sukobu ili pregovaranje preko prihvatljive, nepristrasne i neutralne treće strane koja nema autoritativnu moć donošenja odluke, a pomaže sukobljenim stranama da svojom voljom postignu vlastiti i obostrano prihvatljiv sporazum o predmetu spora.[43]

To je postupak u kojem stranke rešavaju svoj spor sa pozicije interesa, pa postignuti sporazum predstavlja najbolje rešenje za obe strane tako da svako u postupku medijacije dobija, nema gubitnika[44]. Centar rešavanja spora putem medijacije ne odnosi se na to ko je u pravu, a ko ne, već na pronalaženje prihvatljivog rešenja koje je u skladu sa potrebama obeju strana. Sudski postupak je kreiran da bi strankama omogućio jednakost u korišćenju procesnih prava, te su strogo predviđene faze postupka, način i vreme obraćanja stranaka sudu i drugoj strani, da bi sudovi doneli odluku zasnovanu na pravu na koju stranke mogu ulagati i

[42] O istorisjkom razvoju medijacije videti u: L. Kramarković, *Poravnanje i medijacija,* Beograd, 2004, str. 317-320; C. Moore, The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict, u: *Socijalni konflikti, karatkteristike i način rešavanja*, Beograd, 1996, str. 171-172.

[43] Definicija preuzeta iz: C. Moore, *op.cit*., str. 165. Na sličan nači i član 2. Zakona o posredovanju u rešavanju sporova, *Službeni glasnik RS,* br.55/214, definiše medijaciju: Posredovanje je postupak, bez obzira na naziv, u kojem strane dobrovoljno nastoje da sporni odnos reše putem pregovaranja, uz pomoć jednog ili više posrednika, koji stranama pomaže da postignu sporazum (u daljem tekstu: posredovanje).

[44] V. Jovanović, Alternativno razrešavanje sporova i demokratsko društvo, u: *Teorijske osnove medijacije-perspektive i doprinosi*, Beograd, 2009, str. 80, navodi da građani kao strane u konfliktu sebe dovode u situaciju da ishod konflikta ne proizvodi pobedničku i poraženu stranu, da nema nametnute volje treće strane, već je odluka kao ishod medijacije njihovo vlasništvo i predstavlja zajedničku dobit odnosno obostrani uspeh (*mutual gain*), i/ili trostruku dobit, trostruku pobedu (*triple win*).

pravne lekove. Postupka medijacije nije formalan postupak[45], njega vodi medijator, koji ima posebna znanja i veštine[46]: da prilagodi tok postupka zahtevima stranaka u sporu i samoj prirodi spora, da reši nesuglasice, da ostvari puteve komunakcije i da pomogne strankama da dođu do zajedničkog rešenja.

Medijacija kao način pristupa pravdi omogućava strankama da kontrolišu postupak za rešavanje spora i na posletku ga i same reše (*party empowerment*)[47], dok u parničnom postupku o svakoj njihovoj radnji ili predlogu sud donosi odluku, koji na kraju i rešava spor.

Značaj medijacije prepoznat je i od strane Evropske unije[48], a najznačajniji je svakako *Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*[49] koji upravo upućuje da se medijacijom ostaruje pravo na pristu pravdi u okviru člana 6. Evropske konvecije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda[50], a što je kasnije dovelo i do usvajanja *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*[51]. Ova Direktiva *2008/52/EC* ističe značaj medijacije za ostvarenje pristupa pravdi kao vansudskog, brzog i jeftinijeg postupka. I Republi-

[45] Postupak medijacije ima određene faze, ali one nisu zakonom određene. Više o fazama medijacije videti u: S. Mrše, T. Džamonja Ignjatović, Posredovanje/Medijacija kao način rešavanja sukoba, *Mediacija-koncepti i konteksti*, Beograd, 2006, str. 20-28; C. Moore, *op. cit*., str. 178-182.

[46] C. Moore, *op.cit.*, str. 170-171 i 175-176.

[47] Videti više o ovome: N.Welsh, The Thinning Vision of Self Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization, u: *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 6, 2011, str. 15-21.

[48] Videti: Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes (98/257/EC) dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&from=EN, pristup: (31.07.2018.) Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the Principles for Out-of-Court Bodies involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes (2001/310/EC) dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=EN, pristup: (31.07.2018.), Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC dostupan na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=EN, pristup: (31.07.2018.).

[49] Dostupan na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=EN (pristup 31.07.2018.), donet 19.04.2002. godine.

[50] Videti napomenu broj 8.

[51] Dostupna na: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF (pristup: 31.07.2018.), u daljem tekstu: Direktiva *2008/52/EC.*

ka Srbija je zakonom propisala medijaciju kao način rešavanja sporova[52], kao i države u okruženju[53].

Jedna od osnovnih karatkteristika medijacije dobrovoljnost, pa je ovo i opšte načelo medijacije, jer je potreban pristanak obeju strana u sporu i da bi postupak medijacije započeo, i da bi se okončao zaključenjem sporazuma.

Stoga je kontraverzna pojava: obavezna medijacija.

KONCEPT OBAVEZNE MEDIJACIJE

Obavezna medijacija na prvi pogled predstavlja kontradiktornu sintagmu[54], jer je dobrovoljnost osnovna karakteristika medijacije. Teorijska rasprava o opravdanosti obavezne medijacije kao instituta suprotnog svom osnovnom načelu, kao i zalaganje za nju, svodi se na eliminaciju voljnosti da se pristupi medijaciji, a u ostavljanju slobode za učestvovanje i zaključenje sporazuma[55].

Medijacija se može ustanoviti kao obavezna na sledeće načine: obavezna medijacija koja je određena propisom[56], obavezna medijacija po upućivanju suda (*court annexed mediation*)[57], postojanje klauzule o obaveznoj medijaciji u sporazumu, i kvazi obavezna medijacija[58].

---

[52] Zakon o posredovanju u rešavanju sporova, *op.cit.*

[53] O medijaciji u Sloveniji, Hvratskoj i Bosni i Hercegovini videti više: I. Simonović, Alternativno rešavanje sporova u domenu građanskopravnih odnosa-Iskustva Slovenije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 2007, str. 325-340.

[54] Više u: D. Quek, Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program, u: *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2010, str. 479-509.

[55] M. Hanks, Perspectives on Mandatory Mediation, u: *UNSW Law Journal*, vol. 35, 2012, str. 949.

[56] Na primer u Italiji, videti: Legislative Decree on Mediation Aimed at Conciliation of Civil and Commercial Disputes (28/2010), dostupno na: https://www.adrcenter.it/wp-content/uploads/2016/10/LEGISLATIVE-DECREE-March-4-2010-n.-28.pdf, (pristup: 31.07.2018); U Francuskoj u radnim i porodičnim sporovim, videti: L. Kramarković, *op.cit.*, str. 333.

[57] Na primer u Australiji, videti: Civil Procedure Act 2005 (NSW) pt 4 dostupno na: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol_act/cpa2005167/ (pristup: 31.07.2018); u Saveznoj Američkoj državi Floridi: S. Lubet, Some Early Observations on an Experiment with Mandatory Mediation, u: *Journal of dispute resolution*, vol. 4:2, 1989, str. 235; R. B. Moberly, Ethical Standards for Court-Appointed Mediators and Florida's Mandatory Mediation Experiment, u: *Florida State Uuniversity Law Review*, vol. 21, 1994, str. 700-727.

[58] Misli se na situaciju kada ne postoje izričite zakonske odredbe o obaveznosti medijacije, niti obavezno upućivanje od strane suda, ali se kroz odredbe o troškovima postupka "sugeriše" pre-

Evropa je na sporijem putu za usvajanje obavezne medijacije za razliku od Sjedinjenih Američkih Država[59], upravo zbog očuvanja načela dobrovoljnosti, i zbog primene člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda[60]. Međutim, Evropski sud pravde[61] vidi obaveznu medijaciju kao način za rešavanje sporova[62] tvrdeći da obavezni vansudski postupci za rešavnje sporova nisu u suprotnosti sa članom 6. navedene konvencije, niti sa evropskim pravom. Takođe Direktiva *2008/52/EC* u članu 1. navodi da je medijacija moguća pored ostalog i ako je sud naredio medijaciju i ako je zakonski propisana obaveza da se pristupi medijaciji, a u članu 5. da je jedini uslova za uvođenje obavezne medijacije da ona ne eliminiše mogućnost da se spor reši sudskim putem.

Da bi medijacija mogla biti obavezna moraju se ispuniti tri uslova: da vrsta spora bude medijabilna, da odnos moći među stranama u sporu bude podjednak, i da postoje barijere koje onemogućavaju stranke da dobrovoljno pristupe medijaciji[63]. Medijabilni su svi sporovi koji se mogu rešiti sa stanovišta interesa, a ne prava. To znači da su oni sporovi u kojima je raspolaganje strana u suprotnosti sa prinudnim normama, javnim poretkom i moralom, isključeni iz postupka posredovanja. Srazmernost u moći strana se opravdava time da ona strana koja je moćnija, može "prinuditi" slabiju stranu da pristane na dogovor u medijaciji koji joj nije u interesu, jer nema finansisjkih mogućnosti da vodi sudski spor. Barijere za

thodno sprovođenje medijacije, tako što se propisuje da će ona stranka u sudskom postupku koja se nije upustla u medijaciju ili je odbila, snositi troškove tog postupka, videti: M. Hanks, *op. cit*., str. 939-944.

[59] H. A. Streeter-Schaefer, A Look at Court Mandated Civil Mediation, u: *Drake Law Review*, vol. 49, 2001, str. 374-383; A. Nelle, Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework, u: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 7:2, 1992, str. 289, koja navodi da je u Sjedinjenim Američkim Državama obavezna medijacija u okviru radnih sporova, porodičnih sporova, sporova povodom lekarske greške, sporova poljoprivrednih proizvođača, potrošačkih sporova. Videti napomenu broj 57.

[60] Videti više u: J. M. Nolan-Haley, Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation, u: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,* vol. 37, 2012, str. 981-1011.

[61] Court of Justice of the European Union, u daljem tekstu: ECJ, sa sedištem u Luksemburgu, ustanovljen 1952. godine, čija je nadležnost da se pravo evropske unije interpretira i primenjuje na isti način u svim zemljama članicama Evropske Unije, i da rešava pravne sporove između vlada zemalja članica i institucija Evropske Unije.

[62] Presuda ECJ od 18.03. 2010. godine u sporu: Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA (C-317/08), Filomena Califano v Wind SpA (C-318/08), Lucia Anna Giorgia lacono v Telecom Italia SpA (C-319/08) and Multiservice Srl v Telecom Italia SpA (C-320/08).

[63] A. Nelle, *op.cit,* str.291-294.

pristup medijaciji mogu biti različite: od nedostatka komunikacije, skepticizma u vezi samog postupka medijacije, stanovišta da prihvatanje medijacije znači slabost, opstrukcija advokata i slično.

Osnovni nedostatak obavezne medijacije jeste "prinuda" da se pristupi procesu koji strne u sporu nisu želele, pa se postavlja pitanje da li će takav postupak biti uspešan s obzirom da ne postoji dobra volja strana (*good faith requirement*)[64] da učestvuju u postupku. Koncept obavezne medijacije je osporavan i u smeru da ne mora biti tačna pretpostvaka da je sporazum između strana nešto što je vrednije od sudske odluke[65], te da se ne mora insistirati na mirnom načinu rešavanja sporova. Isto tako, smatra se da uvođenje obavezne medijacije bespotrebno, opisućući to kroz poslovicu: "You can lead a horse to water, but you can't make it drink".[66]

Iako obvezna medijacija ima svoje nedostatke, ona ima i svojih prednosti. Naime, veća je mogućnost da do mirnog rešenja spora dođe ukoliko strane pokušaju da spor reše putem medijacije, nego ukoliko se u taj postupak ne upuste. Ukoliko se spor reši u postupku medijacije, on neće biti predmet sudskog postupka, što utiče na smanjenje broja sudskih predmeta. Propisivanjem obavezne medijacije vrši se promocija tog postupka i edukacija građana o njemu, a ovo zbog postojanja prirodnog otpora prema jednom novom i nepoznatom načinu rešavanja sporova, čime se stvaraju preduslovi da građani ubuduće i dobrovoljno koriste medijaciju. Korisno je da strane u sporu pokušaju da spor reše uz pomoć medijatora pre sudskog postupka, jer često sudski postupak dovodi do daljeg zaoštravanja sukoba. Obavezna medijacija znači i da medijatori imaju više prakse, jer postoje gledišta da medijacije ne uspevaju zbog neiskustva medijatora [67].

RAZLOZI ZA UVOĐENJE OBAVEZNE MEDIJACIJE KAO NAČINA REŠAVANJA MASOVNIH POVREDA PRAVA U SPOROVIMA

Sporovi u kojima su strane: Republika Srbija, jedinice lokalne smouprave, javna preduzeća i organizacije sa javnim ovlašćenjima, a čiji je predmet zahtev za

[64] Videti: U. Boettger, Efficiency versus Party Empowerment Against a Good-Faith Requirement in Mandatory Mediation, u: *The Review of Litigation*, vol. 23, 2004, str. 1-46.

[65] R. Ingleby, Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation, u: *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, str. 446.

[66] D. Winston, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: "You Can Lead a Horse to Water...", u: *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 11:1, 1996, str. 187 i 193.

[67] L. Karamarković, *op.cit.,* str. 351.

isplatu novčanog iznosa, u slučajevima bitno istog činjeničnog i pravnog osnova, jesu sporovi povodom masovnih povreda prava i ispunjavaju sve uslove za rešavnje u postupku medijacije. Prvo, ti sporovi jesu medijabilni, jer zahtev za isplatu novčanog iznosa zbog povređenog ili ugroženog subjektivnog prava, jeste zahtev kojima strane mogu slobodno raspolagati. Drugo, posmatrajući masu tih sporova, proizilazi da je odnos snaga približno podjednak. I treće, postoje barijere za pristupanje medijaciji, kao na strani koja ističe zahtev, a tiču se nepoverenja građana u ovu vrstu postupka i u otporu struke (advokata)[68], tako i na strani pravnog lica, koji se ogleda u čestom nedostatku ovlašćenja za pristupanje medijaciji, a ove barijere otklanjaju se propisivanjem obavezne medjacije.

Pored navednih opštih razloga za prihvatanje obavezne medijacije, poseban razlog za sporove povodom masovnih povreda prava u kojima su strane navedena pravna lica, je specifičan odnos između strana u sporu, a tiče se novčanih sredstava iz kojih bi se izvršila isplata tražene naknade i troškova: lica koja traže zaštitu su građani države ili jedinice lokalne samouprve, ili su korisnici javnih usluga, čijim se novčanim sredstvima finansira rad pravnog lica sa kojim su u sporu. Rešavanje ovih sporova kroz parnični postupak, u slučaju osnovanosti zahteva za isplatu, dovodio je do enormnog trošenja novčanih sredstava za isplatu troškova postupka, a smatramo da je u opštem interesu maksimalno umanjiti takva izdvajanja, čime bi se povećao raspoloživi budžet za finasiranje drugih dobara i usluga, koje su takođe značajni za sve građana Republike Srbije.

Upoređivanjem broja zaključenih sporazuma kada je na snazi bila obavezna odredba člana 193. ZPP, sa brojem takvih sporazuma nakon toga[69], kao i sa sve većim porastom broja parničnih postupka u kojima su stranke pravna lica kojima je posvećen ovaj rad[70], opravdava se postavljena hipoteza da bi propisivanje obavezne medijacije smanjilo broj parničnih postupka. Smanjenje broja parničnih postupka, znači i manja isplata novca na ime troškova postupaka, ali i eliminisanje neujednačene sudske prakse, te povrede prava na pravično suđenje, ukoliko bi se svi ovi sporovi rešili u medijaciji. Isto tako, sudovi bi bili rastrećeni, te bi broj zahteva za utvrđenje povrede prava na suđenje u razumnom roku, bio znatno manji.

---

[68] Putem sudskog postupak ostvaruju se veći iznosi troškova postupka, videti napomenu broj 6.

[69] Napomena broj 33.

[70] Napomena broj 2.

Ne treba zaboraviti da se uvođenjem obavezne medijacije ne povređuje pravo na pristup pravdi, jer medijacija jeste priznati metod za ostavrivanje ovog prava, niti pravo na pristup sudu, zato što obavezna medijacija ne znači i obavezu zaključenja sporazuma u tom postupku, te lice koje smatra da mu je pravo povređeno ili ugroženo uvek može pokrenuti sudski postupak. Ona je samo jedna od načina za rešenja sporova, koji u slučajevima masovnih povreda prava može imati dalokosežne dobre efekte.

ANA LUKIĆ-VIDOJKOVIĆ
Judge, Basic court of Niš

MANDATORY MEDIATION AS A WAY FOR SOLVING LEGAL DISPUTES
– With Republic of Serbia, local government, public enterprises and organization with public authority –

Summary

In this paper author explains problems raised by mass torts in disputes of mass harm situation with Republic of Serbia, local government, public enterprises and organization with public authority. Author criticizes lack of effective law mechanisms for solving these problems, therefore proposing introduction of mandatory mediation in mention disputes, highlighting that mediation is accepted as a way for access to justice. Result of paper is conclusion that mandatory mediation will solve problems of mass torts especially high number court proceedings, and high amounts of procedure expenses.

JELENA ČANOVIĆ

SPECIFIČNOSTI PRAVNOG POLOŽAJA OBIČNOG UMEŠAČA U PARNIČNOM POSTUPKU

UVOD

Uloga učesnika u parničnom postupku zavisi od njihovog Pravnog interesa i pravno zaštitnog cilja. Ovlašćenja procesnih subjekata u parničnom postupku zakonom su regulisana u skladu sa njihovom materijalnopravnom i procesnopravnom pozicijom, a shodno načelima, kao rukovodnim principima prema kojima je svaka faza postupka uređena. Pored stranaka, kao primarnih procesnih subjekata čiji je procesnopravni položaj uređen u zavisnosti od procesne uloge tužioca ili tuženog, u parničnom postupku učestvuju i drugi subjekti (treća lica) u različitim funkcijama, u skladu sa zakonom regulisanim ovlašćenjima.

U parničnom postupku, konceptualno zamišljenom i procesno konstruisanom kao dvostranački postupak, uspostavljene su jasne granice u raspravljanju i odlučivanju o spornim materijalnopravnim odnosima. U slučaju da je sporni materijalnopravni odnos između tužioca I tuženog povodom čije zaštite je aktiviran parnični procesni aparat, povezan sa drugim materijalnopravnim odnosom, između jedne parnične stranke I trećeg lica, koji pretenduje da se naknadno u drugoj parnici aktuelizuje kao sporan, pravno zaštitna funkcija parničnog postupka

Jelena Čanović, doktorand i asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

se upotpunjuje institutom mešanja (intervencije). Treće lice se u tekući parnični postupak može umešati u ulozi običnog umešača ili umešača sa položajem jedinstvenog suparničara. Imenovanje prethodnika može biti povod za mešanje, pa tako imenovani prethodnik može postati obični umešač.[1] U ulozi umešača mogu se još naći i javnitu žilac i organ starateljstva (umešači *sui generis*), kao organi sa specifičnim ovlašćenjima čiji je procesni položaj regulisan u skladu sa posebnim zakonima.

U skladu sa temom rada, ograničićemo se na položaj običnog umešača. Analiza pravnog položaja običnog umešača (intervenijenta) u parničnom postupku, odnosno analiza materijalnopravne veze koja postoji između umešača i jedne od parničnih stranaka, procesna uloga umešača, ovlašćenja umešača da preduzima radnje kojima utiče na ishod parničnog postupka, kao i dejstvo preduzetih radnji, ukazuju na postojanje kompleksnih pitanja koja zahtevaju istraživanje. S obzirom na činjenicu da su neka pitanja u vezi sa položajem umešača i dalje sporna, pokušaćemo da pronađemo odgovore u tumačenju zakonskog teksta, stavu doktrine i sudske prakse, ali i u rešenjima predviđenim na uporednom planu, posebno rešenjima nemačkog prava koja su poslužilakao model regulisanja i kao način popunjavanja pravnih praznina u domaćem procesnom pravu.[2]

POJAM OBIČNOG UMEŠAČA I PRAVNI INTERES ZA MEŠANJE

Zakonom o parničnom postupku[3] definisan je pojam običnog umešača[4]: "Lice koje ima pravni interes da u parnici koja teče među drugim licima jedna od

Imenovani prethodnik može da postane obični umešač ili da naknadno stupi u parnicu kao suparničar ili da preuzme parnicu umesto prvobitne stranke ukoliko dođe do subjektivnog preinačenja.

[2] Tako, sve do donošenja Zakona o parničnom postupku iz 2011. godine, u domaćem pravu nije bilo regulisano posebno intervencijsko dejstvo pravnosnažne presude, pa je za popunjavanje ove pravne praznine u teoriji i sudskoj praksi upotrebljeno rešenje iz člana 68 nemačkog Zivilprozzesordnung-a.

[3] Zakon o parničnom postupku ("Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014); u daljem tekstu: ZPP.

[4] U uporednom pravu (austrijskom, nemačkom, švajcarskom) ovaj umešač zove se sporedni (Nebennintervenient) za razliku od glavnog. V. čl. 66-68. nemačkog Zivilprozzesordnung-a; u daljem tekstu: ZPO.

stranaka uspe, može da se pridruži ovoj stranci".[5] Ovakvo zakonsko određenje zahteva opširniju teorijsku analizu.

Umešač je treće lice koje dobrovoljno stupa u tekuću parnicu, na sopstvenu inicijativu ili nakon što ga je stranka obavestila o parnici uz poziv da joj se pridruži. Prema tome, učešće u parnici može se posmatrati kao pravo trećeg lica, ali i procesni teret.[6] S obzirom na to da umešač nije stranka[7], već sekundarni parnični subjekt[8], on ne ističe samostalan zahtev ni prema jednoj originernoj stranci, već se u postupku može kretati samo u granicama istaknutih tužbenih zahteva. Pravna priroda odnosa koja povezuje umešača i stranku na čijoj strani se meša određuje pravni interes umešača za uspeh te stranke. Umešač ima ulogu pomagača i kontrolora stranke kojoj se pridružio. Takva uloga podrazumeva da umešač u postupku preduzima parnične radnje u svoje ime i u interesu stranke, a radi zaštite sopstvenog interesa povezanog sa uspehom stranke.[9]

Pored toga, umešač ne mora da bude aktivan jer sâmo njegovo prisustvo predstavlja jedan vid kontrole postupanja "glavne stranke".[10] Njegov interes da se umeša u tuđu parnicu proizlazi iz toga što se ishod parnice, odnosno pravne posledice presude koja bude donesena, može posredno odraziti i na njegovu pravnu situaciju.[11] Za učešće umešača moraju biti ispunjene opšte procesne pretpostavke, kao i za stranku,ali i posebna pretpostavka koja se tiče pravnog interesa za mešanje[12].

Važno pitanje u vezi sa određenjem pojma umešača, pored pitanja dopuštenosti mešanja, odnosi se na pravni interes kao pretpostavku za osnovanost me-

---

[5] Čl. 215, st. 1. ZPP-a.

[6] G. Stanković, "Intervencijsko dejstvo pravnosnažne presude prema umešaču", u: *Savremene tendencije u razvoju pravnih sistema država u regionu* (ur. Marijana Dukić-Mijatović), Novi Sad 2012, 314.

[7] Situacije i uslove pod kojima umešač može da postane stranka,a prestaje da bude treće lice, ostavićemo po strani.

[8] A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 212, 201.

[9] V. B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015, 242., G. Stanković, 314.

[10] Umešač posmatra aktivnost stranke u parnici kako bi oklonio od sebe eventualnu buduću parnicu u kojoj bi bio tuženi, odnosno izbegao intervencijsko dejstvo presude u novoj parnici. V. G. Stanković, 313.

[11] S. Triva, M. Dika,Građansko parnično procesno pravo, Zagreb 2004, 451., Upor. D. Palačković, *Parničnoprocesnopravo*, Kragujevac 2004, 119.

[12] U literaturi se koristiitermin "intervencijskirazlog".V. G. Stanković, 314.

šanja.[13] Čini se da prethodno citirana odredba Zakonaostavlja teoriji i praksi da definišu i utvrde koji interesi, i u kojoj meri, se smatrajuosnovanim i uklapaju u opštu problematiku pravnog interesa u parničnom postupku.[14]

Ipak, zakonodavac je nedvosmislen u određivanju pravne prirode umešačevog interesa - samo je pravni interes relevantan, i to onaj koji je povezan sa očekivanim uspehom pomognute stranke. Iz toga se dalje može zaključiti da su eliminisani svi interesi koji se ne smatraju pravnim, pa se tako faktički, ekonomski, etički, moralni, emotivni,i drugi interesi ne smatraju u dovoljnoj meri povezanim sa interesom pomognute stranke u odnosu na ishod postupka.[15]

Prilikom konkretizacije sadržine pojma pravnog interesa, većina domaćih autora[16],po ugledu na nemačke[17], koristi se kazuističkim pristupom. U udžbeničkoj literaturi i komentarima zakona navode se konkretni slučajevi iz domaće ma-

[13] U teoriji procesnog prava je sporno da li se pravni interes za mešanje smatra procesnom ili meritornom pretpostavkom. Kada govore o pravnom interesu za podnošenje deklaratorne tužbe, B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2015, 54, 303.) ističu da on ima "značaj procesne pretpostavke". S. Triva, M. Dika (2004, 452.), govore o pretpostavkama za dopuštenost intervencije, pri čemu se pozivaju na stav L. Ude koja "misli da potencijalni umešač mora dokazati postojanje materijalnopravnog odnosa iz koga crpi svoj ineters za mešanje". U daljem izlaganju, autori (2004, 453.)ističu da sud odlučuje o dopuštenosti intervencije i kada stranke ospore osnovanost intervencije. Takođe, može se zaključiti da: M. Dika, (*Građansko parnično procesno pravo: Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Zagreb 2008, 270.) govori o pravnom interesu kao meritornoj pretpostavci i dalje navodi kako je dovoljno učiniti ga verovatnim. I. Turčić, "Položaj i uloga običnog umješača u parnici", *Pravnik* 45(90)/2011, 114., navodi kako je reč o meritornoj pretpostavci. Smatramo da se dopuštenost interesa kao pravnog ispituje prilikom prijave učešća, kao i procesne pretpostavke, ali njegova specifičnost je upravo u dokazivanju ostalih kvaliteta koje interes mora da sadrži da bi predlog bio osnovan, o čemu govorimo u daljem tekstu. S obzirom na to da se i u Zakonu koristi termin "odbija se učešće umešača" (v. čl. 216, st. 2. ZPP-a), zaključuje se da se za pretpostavku pravnog interesa umešača vezuje pitanje osnovanosti.

[14] R. Lukić, *Pravniinteres za običnomiješanje u parnicu*, Pravnamisao 11-12/20, 36. O složenojprirodipravnoginteresa v. u: N. Opatić,*Pravniinteres u građanskomparničnompostupku*, Zagreb 2002, 3, 8-10.,dostupnona: http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Pravni%20interes%20u%20gradjanskom%20parnicnom%20postupku.pdf, posećeno 01. 08. 2018.

[15] B. Poznić, *Komentar zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 513., S. Triva, M. Dika, 451., Musielak, *Zivilprozessordnung Kommentar*, München 2005 (4. Auflage), 262., Takav stav zauzela je sudska praksa: Rešenje Privrednog suda u Požarevcu, P. 440/14 od 18. 3. 2015, potvrđeno Rešenjem Privrednog apelacionog suda u Beogradu, Pž. 1534/15 od 8. 6. 2016., Odgovori na pitanja privrednih sudova, utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, 3. 11. 2015, 4. 11. 2015. i 26. 11. 2015., pravna baza ING-PRO.

[16] Tako npr.: B. Poznić, 512-513., 522., itd., S. Triva, M. Dika, 451.

[17] Musielak, 262-263., Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartman, *Zivilprozessordnung*, Verlag C. H. Beck München 2009 (67. Auflage), 223-225.

terijalnopravne normative u kojima se za određene subjekte i vrste materijalnopravnih odnosa vezuje postojanje pravnog interesa za mešanje u parnicu. Tako se, nabrajanjem situacija u kojima se za jednu stranu u materijalnopravnom odnosu vezuje pravni interes za intervenciju u parnicu povodom drugog, povezanog materijalnopravnog odnosa, konstruiše neiscrpna lista subjekata koji se mogu pojaviti kao umešači i odnosa koji se mogu smatrati povezanim. Kako ni zakonska definicija umešača ne sadrži tipove ni primere njegovog pravnog interesa, jer je to uvek faktičko pitanje, u cilju dodatne konkretizacije pojma pravnog interesa potrebno je razjasniti elemente koji čine njegovu sadržinu.

Ono što je nesporno jeste da svoj pravni interes umešač mora izvoditi iz uspeha pomognute stranke u tekućoj parnici. Interes umešača se prvenstveno odnosi na njegovu materijalnopravnu poziciju - prava i obaveze, a onda i procesnopravnu poziciju - ovlašćenja i terete, kako u tekućoj tako i u eventualno budućoj parnici. To znači da je umešač učesnik jednog materijalnopravnog odnosa (u kome su strane umešač i jedna stranka) koji je povezan sa drugim materijalnopravnim odnosom (između stranaka) koji je istaknutim tužebenim zahtevom postao predmet spora u tekućoj parnici.

Prema tome, rezultat tekuće parnice koja se vodi između stranaka može posredno ili neposredno, pozitivno ili negativno, ali u svakom slučaju u određenoj meri izvesno[18], da utiče na: 1) materijalnopravnu pozicijutrećeg lica, tj. na njegova prava i obaveze, odnosno 2) procesnopravnu poziciju trećeg lica, tj. na njegovu ulogu tužioca ili tuženog u kasnije pokrenutoj parnici u kojoj ovlašćenja stranaka mogu biti uslovljena intervencijskim dejstvom pravnosnažne presude iz ranije pravnosnažno okončane parnice.

Objektivni element sadržine pojma pravnog interesa predstavlja materijalnopravni odnos stranke i umešača koji je u pogledu svog nastanka, sadržine (prava i obaveza) i prestanka uređen normama materijalnog prava, uz izuzetak onih građanskopravnih odnosa[19] koje materijalno pravo, iako izričito ne predviđa, dopušta[20]. Subjektivni element pravnog interesa izražava se u težnji trećeg lica (pretendovanog umešača) da zadrži postojeći kvalitet tog odnosasudelovanjem sa strankom u cilju njenog uspeha u parničnom postupku. Iz toga dalje sledi, da je

[18] R. Lukić, 37.

[19] U literaturi preovlađuje stav da pravni interes umešača ne mora biti samo građanskopravni, već i upravnopravni (v. B. Poznić,513.), krivičnopravni i dr. V. R. Lukić, 40-41.

[20] Npr. neimenovani ugovori.

neposredni pravni interes umešača da zaštiti svoja prava od povrede ili ugrožavanja i/ili izbegne nastanak novih obaveza, za ubuduće. Posredni pravni interes umešača predstavlja uspeh stranke na čijoj strani se meša. Prava umešača, koja usled neuspeha pomognute stranke mogu biti povređena ili ugrožena, a koja aktiviraju njegov pravni interes, najšire su određena.

Zadatak umešača je da vežesvoj pravni interes za sporni odnos između stranaka u parnici, tako što će sudu ukazati na negativne posledice koje ishod tekuće parnice, u slučaju neuspeha jedne stranke (one strane sa kojom je materijalnopravnom odnosu) može imati na njegova prava i obaveze. Da bi dokazao[21] pravni interes, umešač mora da ga konkretizuje, tj. da pokaže na koja prava i obaveze se odražavaju negativni efekti ishoda parnice, ali i da negativne poslediceučini izvesnim.[22]

Pokušaji da se dođe do konkretnog zaključka koja je veza relevantna za osnovanost intervencije, podrazumevaju opredeljenje teoretičara za konkretne kriterijume. Tako se profesor Poznić, pri određenju pravnog interesa trećeg lica za mešanje, opredelio za kriterijum procesnopravnih posledica koje nastupaju pravnosnažnošću presude donesene u tekućoj parnici.

Nakon analize pravne prirode veze između učesnika materijalnopravnih odnosa regulisanih domaćim materijalnim građanskim pravom, na širem planu, kao moguće povezanosti stranke i trećeg lica, profesor Poznić je apstrahovao tipove pravnog interesa[23]: 1) pravni interes trećeg lica postoji kada se pravnosnažnost presude proširuje na njega; 2) treće lice ima pravni interes za sudelovanje u parnici onda kada, u slučaju neuspeha stranke, u njenu korist nastaje regresno pravo prema trećem; 3) treće lice ima pravni interes za mešanje zato što u njegovu korist može nastati pravo na naknadu štete prema stranci ako ona izgubi parnicu.

[21] Umešač je dužan da dokaže postojanje pravnog interesa u granicama verovatnosti. Upor. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 6100/15 od 7. 10. 2015., pravna baza ING-PRO.Dakle, dovoljno je da umešač pravni interes učini verovatnim- što je niži stepen dokazivanja pri utvrdjivanju istine u parnici. Slično: S. Triva, M. Dika, 452., pozivajući se na L. Ude, *Civilno procesno pravo*, Uradni list Republike Slovenije 2002, 107, 116. Više o standardu dokazivanja u parničnom postupku kod: M. Dika",O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku", *Zbornik pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, 36/1 2015.

[22] U smislu da negativni efekti ishoda parnice za slučaj neuspeha stranke nisu uslovljeni nekim drugim faktorima.

[23] B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 241.

U prvom slučaju, kada se dejstvo pravnosnažnosti presude proširujena treće lice[24] u skladu sa raspravnim načelom potrebno je omogućiti trećem licu da iznošenjem procesne građe utiče na ishod postupka, odnosno sadržinu presude.Bez obzira na faktičko učešće u postupku, umešač svakako trpi posledice ishoda postupka.

Prema tome, umešaču je korisno da učestvuje kako bi aktivno pomogao stanci da uspe u postupku, ali i da u slučaju neuspeha strankeizbegne intervencijsko dejstvo presude. Specifičnost ove situacije ogleda se i u dokazivanju pravnog interesa. Kako pravnosnažnost presude deluje neposredno na treće lice, možemo govoriti o pravu na intervenciju[25], pa se smatra da pravni interes umešača postoji.

U drugom slučaju, s obzirom na činjenicu da pravnosnažnost presude posredno utiče na pravni položaj trećeg lica[26], u slučaju neuspeha, stranka stiče prema trećem regresno pravo koje može realizovati pokretanjem parnice protiv trećeg, sa dobrim izgledima za uspeh.[27] Posredni pravni interes umešačada stranka uspe u parnici,proističeizneposrednoginteresa umešačada izbegne procesni položaj tužene stranke u kasnijoj, drugoj parnici.

U slučaju neuspeha pomognute stranke, umešač je vezan posebnim, intervencijskim dejstvom pravnosnažne presude, a to znači da ga vezuju činjnično stanje i pravna kvalifikacija sadržana u obrazloženju presude.Umešač može eventualno, pozivanjem na zakonom propisane razloge, u potonjoj parnici da otkloni intervencijsko dejstvo presude iz ranije parnice prigovorom nesavesnog vođenja spora od strane stranke kojoj se pridružio u postupku.

Dakle, u ovom slučaju, neposredni pravni interes se sastoji u uspešnoj odbrani umešača kao tuženog u potonjoj parnici.Zajedničko obeležje prethodnih slučajeva predstavlja osnovani pravni interes umešača da otkloni negativne posle-

[24] U određenim slučajevima pravnosnažnost presude se proširuje na određena treća lice koja nisu univerzalni sukcesori: npr., otuđenje spornog prava u toku parnice dovodi do neposrednog dejstva presude prema sticaocu (upor. čl. 360, st. 2. ZPP). S obzirom na dejstvo pravnosnažnosti, treće lice može biti vezano i dejstvom izvršnosti. V. *Ibid*., 467.

[25] V. B. Poznić, 512.

[26] Npr. cedent ima pravni interes za mešanje u parnicu cesionara i dužnika stoga što neuspeh cesionara u parnici uslovljava regresno pravo prema cedentu; ili, zaposleni ima pravni interes za mešanje u parnicu za naknadu štete koju je je svojim radom pričinio trećem, a za koju primarno odgovara poslodavac, itd. D. Palačković, 120.

[27] V. Rakić Vodinelić, "Obična intervencija u parničnom postupku (uporednopravni pregled i jugoslovensko parvo), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2-3/1996, 126.

dicekoje bi nastupile neuspešnim okončanjem parnice po stranku sa kojom se nalazi u materijalnopravnom odnosu.

U trećem slučaju, ukoliko pomognuta stranka uspe u parnici, umešač će, kao i u svim prethodnim slučajevima uspeha stranke, očuvati svoju materijalnopravnu poziciju u odnosu sa strankom. Međutim, ukoliko stranka izgubi parnicu, u materijalnopravnom odnosu između umešača i stranke konstituiše se pravo na naknadu štete u korist umešača, koji to svoje pravo može da realizuje pokretanjem parnice u ulozi tužioca.[28] S obzirom na specifičnu posledicu koja nastupa u ovom slučaju, neophodno je otkloniti dilemu postojanja pravnog interesa trećeg lica za uspehstranke na čijoj strani pretenduje da se umeša.

Naime, ukoliko bi se ovaj tip pravnog interesa shvatio kao mogućnost da treće lice stekne neko samostalno pravo prema umešaču, pravni interes bi se, *a contrario* svom zakonskom određenju, mogao shvatio kao negativan, da stranka ne uspe u parnici[29], ali je ovakav pristup mogućeargumentovano kritikovati.

Polazna tačka kod procene osnovanosti pravnog interesa trećeg lica da se umeša u tekuću parnicu jeste postojanje materijalnopravnog odnosa, tj. veze između trećeg i stranke. Taj odnos mora biti postojeći u trenutku davanja izjave o mešanju, pa sve dok treći ima svojstvo umešača.

U tom smislu, pravni interes za mešanje mora biti egzistentan i aktuelan, izvestan a ne samo moguć iliuslovljen budućim neizvesnim događajem ili drugim faktorom. Inicijalno, dokazujući svoj pravni interes, zadatak trećeg lica je da sudu ukaže na dejstva koje različiti ishodi tekuće parnice između stranaka proizvode na taj odnos, odnosno stanje prava i obaveza umešača u njemu. On nije imao potrebu da svoja prava realizuje pokretanjem sopstvene parnice.

Posledice se mogu odrediti kao nastanak, prestanak ili promena sadržine određenog prava ili obaveze. Neposredan pravni interes umešača zapravo predstavlja očuvanje pravne pozicije kojuje imao pre pokretanja tuđe parnice. Zakon govori o interesu umešača za uspeh stranke kojoj se pridruzio, a to znači, između

[28] Npr. u slučaju kada je tuženi nosilac jačeg prava od koga se kondemnatornom tužbom zahteva neka činidba, ili se deklaratornom tužbom traži utvrđivanje da tuženi nije titular tog prava, presuda deluje prema trećim licima koja svoja prava izvode iz prava tuženog. B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 467.Tako, npr.: vlasnik zemljišta koji je zaključio ugovor o zakupu i primio zakupnu cenu (ili je preneo pravo korišćenja i plodouživanja na treće lice), pa se u parnici naknadno utvrdi da on nije vlasnik tog zemljišta, zakupoprimac (odnosno plodoživalac) ima pravo da u novoj parnici zahteva naknadu štete.

[29] *Ibid.*, 127.

ostalog, sprečavanje ugrožavanja ili povrede umešačevih prava. Njegov pravni interes se nikako ne bi mogao protumačiti kao učešće radi nastankaprava umešača na naknadu štete, jer je to svojevrsni vid pravnog obeštećenja za pogoršanje umešačeve ranije materijalnopravne pozicije u odnosu sa strankom.

Na ovom mestu bi se mogla problematizovati i sutacija promene postojećegmaterijalnoprvanog odnosa umešača i stranke u toku trajanja parničnog postupka. U tom slučaju, se kao primarno, postavlja pitanjepostojanje pretpostavke pravnog interesa za dalje učešće .

Pored toga, mogućnost da se umešač koristi Zakonom dopuštenim procesnim ovlašćenjima uslovljenaje držanjem pomognute stranke. Iz toga dalje sledi da delatna stranka neće da dozvoli umešaču preduzimanje parničnih radnji koje nisu u njenom interesu. Na osnovu navedenih argumenata, zaključujemo da procesni položaj umešača ne omogućava realizaciju interesa da pomognuta stranka ne uspe u postupku. Umešačev pravni interes u ovom, trećem slučaju, premaanaliziranoj tipologiji, sastoji se u interesu da stranka uspe u postupku, jer će u tom slučaju umešač očuvati svoju poziciju i izbeći teret da bude tužilac u parnici koju bi vodio u cilju ostvarivanja eventualno stečenog prava na naknadu štete.

Drugim rečima, umešač teži da umanji opasnost da će negativna odluka suda u procesu gde se on umešao u parnicu otežati obeštecenje njegovih potraživanja prema stranci.[30] Ovakvo shvatanje, u prilog izbegavanju vođenja nove parnice, uklapa se u zakonsku definiciju običnog umešača.[31]

Sledi da ocena pravnog interesa umešača u parničnom postupku predstavlja složen problem. S obzirom na sporne situacije koje se mogu javiti povodom njegovog tumačenja, poželjno je analizirati ga kombinovanjem različitih pristupa. Sudska praksa nam pokazuje, takođe, da se i sudije služe kako kazuističkim pristupom, tako i pozivanjem na tipologiju i stavove pravnih teoretičara prilikom ocene postojanja pravnog interesa.[32]

---

[30] M. Salma, "Učešće trećih lica u parnici", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2004, 187.

[31] V. Rakić-Vodinelić, 127.

[32] Odgovori na pitanja privrednih sudova, utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, 3. 11. 2015., 4. 11. 2015. i 26. 11. 2015. i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove, 30. 11. 2015.;Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 7054/12 od 10. 9. 2013., pravna baza ING-PRO.

POLOŽAJ OBIČNOG UMEŠAČA

Specifičnosti položaja običnog umešača u parničnom postupku vezane su za njegovu ulogu pomagača i kontrolora stranke. On parnične radnje preduzima shodno procesno pravnoj poziciji stranke na čijoj strani se meša (tužilačkoj ili tuženoj). Umešač je procesni subjekt koji posle stranaka ima najznačajniju procesno pravnu ulogu u parničnom postupku.[33] Njegov pravni položaj je vremenski i objektivno određen I ograničen, po prirodi ne samostalan i promenljiv.

Zakonom je vremenski određen položaj umešača: "Umešač može da stupi u parnicu u toku celog postupka sve do pravnosnažnosti odluke o tužbenom zahtevu, kao i u toku postupka nastavljenog izjavljivanjem vanrednog pravnog leka.".[34] Prema tome, mogućnosti umešača da se koristi svojim procesnim ovlašćenjima podležu vremenskim ograničenjima.

Jezičkim tumačenjem zakonske formulacije, čini se nespornim da se treće lice može umešati samo u tekuću parnicu, dakle nakon dostavljanja tužbe tuženom bez obzira na čijoj se strani meša (u odredbi se ne pominju tužilac i tuženi).U situaciji kada se umešač pridružuje tuženom, ova odredbaje sasvim jasna. Ukoliko se umešač pridružuje tužiocu, zadržali bismo se na situaciji u kojoj je treće lice prijavilo svoje učešće ili je obavešteno o podnošenju tužbe i pozvano da se umeša na strani tužioca pre trenutka litispendencije.

Načelno, nema zabrane da treće lice prijavi svoje mešanje od početka parničnog postupka.[35] Takođe, tužilac može da obavesti treće lice o parnici već uz tužbu.[36] Kako je mešanje moguće nakon što parnica počne da teče, prijava mešanja će u tim slučajevima dejstvovati od dostavljanja tužbe tuženom.[37] *Racio* ovakvog vremenskog ograničenja je posledica dejstva načela kontradiktornosti, pa tako tuženom mora biti omogućeno da se izjasni o mešanju i eventualno ospori dopuštenost i osnovanost mešanja trećeg lica na strani tužioca.

---

[33] Umešaču, kao procesnom subjektu, pripada deleko veći krug ovlašćenja nego drugim trećim licima koja učestvuju u parničnom postupku. Za razliku od zastupnika koji postupaju u interesu zastupane stranke, umešač postupa i u svom interesu.Kod drugih trećih lica, npr. svedoka i veštaka, ovlašćenja su sužena isključivo na dokazni postupak. Vid. V. Rakić, "Poređenje položaja oštećenog u krivičnom i položaja umešača u parničnom postupku", V. Rakić, 794.

[34] Čl. 215, st. 2. ZPP-a.

[35] V.S. Triva, M. Dika, 452.

[36] B. Poznić, 531.

[37] *Ibid*., 514.

Procesni položaj umešača mogli bismo, između ostalog, pratiti u situaciji da umešač pre momenta litispendencije istakne procesni prigovor kojim se poziva na postojanje neotklonjive procesne smetnje na koju sud pazi po sluzbenoj duznosti. Kako prijava mešanja ima dejstvo od trenutka litispendencije, umešac od tog momenta moze preduzimati parnične radnje.

Postavlja se pitanje da li sud, iako ne uzima u razmatranje istaknuti prigovor, ipak uzima u obzir činjenicu istaknutu prigovorom, koji u tom slučaju predstavlja samo izvor saznanja. Za resenje ovog hipotetički postavljenog pitanja do sada nismo naišli na stav sudske prakse i doktrine na koji bismo se pozvali. Smatramo da bi odgovor mogao da se nađe u primeni istražnog načela u parničnom postupku. S obzirom da sud na neotklonjive procesne smetnje pazi po službenoj dužnosti u toku čitavog postupka[38], nije od značaja na koji način je došao do saznanja o činjenici koja ukazuje na neku od njih.[39] U ovom slučaju sud ne bi mogao da parničnu radnju umešača tretira kao preduzetu, jer je to suprotno vremenskom ograničenju od koga se treće lice može umešati u parnicu i faktički preduzimati parnične radnje.

Međutim, čini nam se prihvatljivim da nema smetnje da sud uzme u razmatranje predlogom istaknutu činjenicu. Takvo tumačenje bilo bi u skladusa principom ekonomičnosti postupka, jer sud u ranoj fazi postupka saznaje za činjenicu relevantnu za dalji tok postupka, odnosno njegovo okončanje.

Kao što je istaknuto, treće lice može da učestvuje u postupku I preduzima parnične radnje od trenutka kada je steklo status umešača, tj. od davanja izjave o stupanju u parnicu[40]. Dejstvo radnji umešača zavisi od momenta kada je treće lice steklo taj status.

Međutim, dejstvo radnji umešača zavisi i od odluke suda o dopuštenosti i osnovanosti mešanja, kada jedna ili obe stranke osporavaju mešanje. Poslednje određenje zahteva nekoliko napomena, pa ćemo se pri analizi osloniti se na stavove doktrine. Prvo, prema većinskom stanovištu domaćih procesualista, da bi treće lice steklo status umešača, nije potrebno da sud donese rešenje kojim dopu-

[38] B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 173.

[39] Tako npr., ukoliko prigovor sadrži činjenice o pravnosnažno presuđenoj stvari (već je odlučeno između istih stranaka o istom predmetu spora) sud bi trebalo da uvaži ovu činjenicu nezavisno što je za nju saznao iz nedopuštenog prigovora umešača, jer su sudije inače ograničene činjeničnim izvorima u ovakvoj situaciji.

[40] Odnosno od trenutka litispendencije, jer od tada izjava o mešanju dejstvuje ukoliko je ona data pre tog trenutka.

šta njegovo učešće.[41] Takođe, nije potrebno da sud donosi rešenje kojim odobrava mešanje, ako nijedna od stranaka nije osporila pravo na učešće.[42] Drugo, odluku kojom se odobrava mešanje sud donosi ako jedna ili obe stranke ospore pravo na učešće, a sud nađe da prigovor nije osnovani[43] i ta odluka u formi rešenja ima konstitutivni karakter[44]. Treće, posebne odluke sud donosi kada se povodom ispitivanja po službenoj dužnosti ili povodom osporavanja od strane jedne ili obe stranke utvrdi da mešanje nije dopušteno ili osnovano.[45] Ovo određenje je važno za nastupanje dejstva preduzetih umešačevih radnji u nekoliko situacija.

U prvom navedenom slučaju, treće lice stiče status umešača nakon što izjavi da stupa u parnicu, na ročištu ili podneskom.Od tog trenutka ono može da preduzima parnične radnje. Teorija se ne izjašnjava o trenuku nastupanja dejstva umešačevih radnji u ovom slučaju. Ističe se da Zakonom nije propisan rok ili trenutak u postupku do koga bi stranke mogle da osporemešanje[46], a da osporavanje nije moguće od trenutka izričitog ili konkludentnog pristanka stranaka.[47]

Tako, moglo bi se smatrati da radnje umešača mogu da dejstvuju od momenta davanje izjave o mešanju[48] ili u nekom docnijem trenutku - od momenta kada sud ispitujući izjavu u formi predloga po službenoj dužnosti nije našao da je mešanje nedopuštenoi neosnovano[49] ili kada su se obe stranke saglasile sa učešćem umešača[50].U drugom slučaju, dejstvo umešačevih radnji nastupa kada sud donese konstitutivno rešenje kojim odobrava mešanje, tj. momentom prav-

[41] S. Triva, M. Dika, 453., G. Stanković, 314.

[42] B. Poznić, 516.

[43] *Ibid.*

[44] B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 244.

[45] B. Poznić, 516.

[46] Stranke mogu osporavati dopuštenost mešanja pozivajući se na nedostatke procesnih pretpostavki i mogu osporavati osnovanost mešanja, tj. pravo na mešanje. U zavisnosti od toga, sud može doneti rešenje kojim odbacuje predlog (izjavu o mešanju) ili može donosi rešenje kojim odbija mešanje (učešće umešača).

[47] *Ibid.*, 515.

[48] G. Stanković, 314., smatra da izjava o mešanju I makonstitutivni karakter, pa se tako poklapa momenat davanja izjave sa momentum sticanja procesnog položaja umešča.

[49] Može se smatrati da je to momenat kada sud dostavi umešaču određeni poziv, podnesak, odluku, odnosno kad u odnosu na njega preduzme određenu parničnu radnju iz koje bi se mogao izvesti takav zaključak.

[50] Stranke se sa učešćem umešača mogu saglasiti izričito ili konkludentno. Opširnije v. B. Poznić, 515.

nosnažnosti tog rešenja.[51]U trećem slučaju, ukoliko sud po službenoj dužnosti ili po prigovoru stranke utvrdi da mešanje usled procesnih smetnji nije dopušteno, donosi se rešenje kojim se odbacuje predlog, tj. izjava o mešanju. Kada sud utvrdi da mešanje nije osnovano, donosi se rešenje kojim se odbija mešanje.Zakon za ovu situaciju predviđa: "Do pravnosnažnosti rešenja kojim se odbija učešće umešača, umešač može da učestvuje u postupku I njegove parnične radnje ne mogu da se isključe."[52]

Povodom pitanja dejstva radnji umešača preduzetih pre pravnosnažnosti rešenja kojim se mešanje odbija, čini se da u domaćoj literaturi postoji usaglašeno mišljenje. Smatra se da radnje trećeg lica ostaju bez dejstva*ex tunc*[53] osim ako je stranka te radnje prihvatila kao svoje[54], odnosno ako se sa njima se izričito ili prećutno saglasila[55] pre pravnosnažnosti odluke o odbijanju mešanja. Ubedljivost ovog stava upućuje nas na mogućnost njegovog vezivanja i za drugi navedeni slučaj. Smatramo da, ukoliko stranka (koja nije osporila mešanje) umešačeve radnje, preduzete u njenom interesu[56], prizna kao svoje ili se sa njima izričito ili prećutno saglasi, može pomeriti dejstvo umešačevih radnji unapred, tako da te radnje dejstvuju pre donošenja rešenja kojim se mešanje odobrava.

Zakon ovlašćuje umešača da stupi u parnicu i u postupku po vanrednim pravnim lekovima. Međutim, ovlašćenje umešača da izjavi vanredni pravni lek, Zakon uslovljava momentom stupanja u parnicu do pravnosnažnosti odluke o tužbenom zahtevu.[57] To znači da umešač, koji ne ispunjava taj uslov može samo da se umeša u postupak koji je "nastavljen" izjavljivanjem vanrednog pravnog leka (koji je podneo neko drugi) sa bitno suženim ovlašćenjima. Umešač koji ima ovlašćenja da izjavi pravne lekove, to može da učini u rokovima predviđenim za

[51] *Ibid.,* V. Rakić, 797.

[52] Čl. 216, st. 2. ZPP-a.

[53] Smatra se da radnje gube pravni značaj, kao da nisu ni preduzete. Upor. V.Rakić,797.

[54] S. Triva, M. Dika, 453. Autori kao izuzetak navode i radnje umešača koje su preduzete pre nastupanja činjenica koje su osnov za donošenje rešenja o odbijanju mešanja.

[55] B. Poznić, 517.Tako, umešač ne bi mogao da preduzima radnje u pogledu kojih je stranka prekludirana (npr. da ističe peremptorne prigovore).

[56] Kada umešač iznese činjenicu koja pomognutoj stranci ide u prilog ili ospori navode njenog protivnika, od značaja je momenat kada se smatra da su te radnje preduzete.

[57] Čl. 217, st. 2. ZPP-a.

stranku na čijoj strani se umešao. Pri tome, umešač može upotrebiti sva napadna i odbrambena sredstva koja stranci stoje na raspolaganju.[58]

Kada su u pitanju redovni pravni lekovi, moguće je da treće lice u postupku po žalbi prijavljuje učešće za mešanje i istovremeno izjavljuje žalbu. Prema ranijem izlaganju o dejstvu umešačevih radnji s obzirom na momenat kada treće lice stiče svojstvo umešača, od stava suda o dopuštenosti i osnovanosti mešanja, kao i od procesnog držanja stranaka povodom prijave učešća zavisi da li će se žalba smatrati blagovremenom. Ukoliko je situacija takva, da je treće lice steklo status umešača, ali da se žalba smatra neblagovremenom, a stranka na čijoj se strani umešao nije izjavila žalbu niti priznala umešačevu kao svoju, umešač može da izjavi vanredni pravni lek jer se umešao u postupak do pravnosnažnosti presude.[59]

Pored određenja vremenskog intervala u kome je moguće stupanje umešača u parnicu, Zakon određuje i koje radnje umešač može preduzeti od momenta stupanja u parnicu, a s obzirom na trenutak vremenskog razvoja parnice. Tako, "umešač mora da prihvati parnicu u onom stanju u kom se ona nalazi u trenutku mešanja".[60] U tom smislu, umešač ne može preduzimati parnične radnje u pogledu kojih je nastupila prekluzija za stranku kojoj se pridružio. On je ovlašćen, da u daljem toku parnice, iznosi činjenice, predlaže dokaze, podnosi predloge i preduzima ostale parnične radnje za koje je ovlašćen u interesu pomognute stranke iu rokovima koji važe za nju.[61] To bi značilo da ako stranka ima pravo na novote ili ako nema njene krivice zbog prekluzije, umešač može da iznosi novi procesni materijal.

Umešač se, u zavisnosti od konkretnog pravnog interesa, odnosno materijalnopravne veze sa jednom strankom, može pridružiti stranci u ulozi tužioca ili tuženog u tekućoj parnici. Njegova uloga pomagača podrazumeva da on savetuje stranku kako da vodi parnicu, ali ta uloga mu omogućava i da sam preduzima parnične radnje koje je stranka propustila da preduzme, pod uslovom da su povoljne za stranku i da se ona tome ne protivi.[62] Umešačeva uloga kontrolora podrazumeva da on uzima učešće, da bi pored pomaganja, kontrolisao aktivnosti

[58] B. Poznić, 518.

[59] M. Salma,187.

[60] Čl. 217, st. 1. ZPP-a.

[61] *Ibid.*

[62] B. Poznić, 519.

stranke u parnici, tj. način na koji ona vodi parnicu.[63] Tako, umešač ima ovlašćenje da preduzima radnje koje su povoljnije od radnji koje je preduzela stranka ukoliko te radnje nemaju suprotna dejstva i ako se stranka tome ne protivi .[64] Time sebi omogućuje da se u novoj parnici brani od intervencijskog dejstva presude prigovorom da je stranka pogrešno vodila prethodnu parnicu.[65] Iako Zakonom nije propisano, većinski stav doktrine je da takva uloga opravdava da se umešaču dostavljaju podnesci, pozivi i odluke.[66] Iako umešač nije stranka, njegov procesni položaj se približava stranačkom, pa je ovakav zaključak opravdan.

Procesnopravni položaj umešača je i objektivno ograničen. Iako nije izričito normirano, iz dikcije Zakona proizlazi da umešač nema ovlašćenje da raspolaže tužbenim zahtevom jer to pravo pripada isključivo strankama koje vode svojuparnicu. Konkretno, umešač nema ovlašćenja da:prizna ili se odrekne tužbenog zahteva, zaključi poravnanje, povuče ili preinači tužbu, a samim tim ni da ističe nove zahteve, pa tako ni da prethodno pitanje učini glavnim isticanjem incidentnog zahteva za utvrđenje ili prejudicijelne protivtužbe (u zavisnosti od pozicije stranke na čijoj strani se umešao), itd.[67] Jedina dispozitivna parnična radnja koju on može da preduzme je izjavljivanje pravnog leka, pod uslovom da ga se pomognuta stranka nije odrekla ili odustala od već izjavljenog.

Nakon izlaganja oovlašćenjima umešača da shodno svojoj ulozi preduzima parnične radnje u postupku, neophodno je anlizirati dejstva umešačevih radnji od kojih konačno zavisi njegov procesnopravni položaj u postupku. *Racio* uređenja instituta intervencije je sudelovanje sa strankom u parnici, na njenoj strani, posredno, u njenom interesu.

Dakle, prvi i osnovni uslov za dejstvo umešačevih radnji je da su one povoljne za pomognutu stranku.Drugi uslov tiče se procesnog držanja pomognute stranke. Prema stavu teorije,mogu se uočiti tri vida procesnog držanja pomognute stranke[68]: 1) stranka može izričito da se protivi parničnim radnjama umešača; 2) stranka može da preduzme parnične radnje suprotne sadržine od onih koje

[63] G. Stanković, 313.,

[64] V. Rakić,794. U čl. 218. st. 3, tač. 1. ZPP-a,govori se o preduzimanjuradnji "koje bi dovele do povoljnijegishodateparnice".

[65] Čl. 218, st. 2. ZPP-a, B. Poznić, 521-522.

[66] S. Triva, M. Dika, 454., B. Poznić, 520.

[67] B. Poznić, 518.

[68] V. V. Rakić, 795-796.

je preduzeo umešač; 3) stranka se može držati pasivno i ne preduzimati nikakve parnične radnje.

U prvom slučaju, stranka je parničnu radnju umešača lišila dejstva, pri čemu sama ne preduzima parničnu radnju. U drugom slučaju, umešačeva parnična radnja takođe ostaje bez dejstva, pri čemu dejstvuje parnična radnja stranke.[69]

U trećem slučaju, dejstvo umešačevih radnji zavisi od značaja koji se pridaje pasivnosti pomognute stranke, odnosno posledica koje Zakon predviđa za neaktivnost stranaka u parničnom postupku. Iz analize zakonskih odredaba, upoređivanjem rešenja koja su predviđena za propuštanje stranaka, proizlazi da se primenjuje različiti tretman u različitim procesnim situacijama. Zbog toga se povodom procesnog položaja neaktivne stranke i posledica ovakvog držanja u parnici ne može izvesti opšti zaključak, pa se tako konkretno ispituje da li se pasivnost stranke u različitim situacijama transformiše u procesnu dispoziju (priznanje ili osporavanje navoda suprotne stranke) ili jednostavno pasivnost daje legitimetet tumačenju da je volja stranke procesnopravno irelevantna (stranka niti priznaje niti osporava navode protivnika).[70]

U vezi sa ovim, može se govoriti o primerima vezanim uz donosenje presude zbog izostanka, presude zbog propuštanja i neizjavljivanje žalbe protiv presude. U prvoj situaciji, kada su uz pasivnost stranke (tuženog) ispunjeni i ostali uslovi za donošenje presude zbog izostanka, a na strani tuženog se umešalo treće lice koje je podneskom u roku ili na ročištu osporilo tužbeni zahtev tužioca, postavlja se pitanje da li će aktivnost umešača da spreči donošenje ove presude. U teoriji koja se bavila ovim pitanjem, izražen je stav da bi umešač tuženog mogao svojim delovanjem da spreči donošenje presude zbog propuštanja.[71]

---

[69] Npr., u slučaju da umešač osporava tužbeni zahtev, a stranka (tuženi) ga priznaje, sud će doneti presudu na osnovu priznanja. Ili, ukoliko se stranka (tužilac) odriče tužbenog zahteva, a umešač predlaže dokaze kojim se potkrepljuju navodi tužbe, sud će doneti presudu na osnovu odricanja bez daljeg kontradiktornog raspravljanja.

[70] U teoriji procesnog prava povodom pitanja dejstva pasivnosti stranke razvijena su tri sistema: sistem pozitivne litiskontenstacije (pasivna stranka prihvata istinitost navoda protivnika, a nekada i osnovanost njegovih zahteva), sistem negativne litiskontenstacije (pasivna stranka poriče navode i zahteve protivnika) i sistem neodređenog stava prema pasivnosti stranaka (stav stranke je irelevantan, pasivnost ne zaniči ni priznavanje ni osporavanje). Tako, S. Triva, M. Dika, 155-156., v. A. Janevski, M. Rakočević, "Ovlašćenje ili dužnost stranaka da raspravljaju pred sudom – Posledice pasivnosti stranaka u parničnom postupku", u: "*Vladavina prava i pravna država u regionu*", Istočno Sarajevo 2014, 343-344.

[71] B. Poznić, 519, 577. Čak prof. Poznić upućuje na situaciju u kojoj je propuštanje da se umešač uredno pozove, smetnja za donošenje presude zbog izostanka. V. još i S.Triva, M.Dika, 454, 612.

Slično, u drugoj situaciji, kada tuženi propusti da odgovori na tužbu, a ispunjeni su ostali uslovi za donošenje presude zbog propuštanja, smatra se da bi umešač podnošenjem odgovora na tužbu u roku, mogao da spreči donošenje presude zbog propuštanja.[72] Analizom ovih stavova nije sasvim jasno kakvu volju izražava pomognuta stranka svojom pasivnošću. Prema jednom mišljenju, stranka svojom potpunom pasivnošću izražava stav da priznaje činjenične navode protivnika[73].

Ako bi zatim, umešač preduzeo povoljniju parničnu radnju za stranku, a ona tu radnju naknadno ne ospori, onda bi njegova radnja proizvela dejstvo. Drugačije je shvatanje, prema kome stranka svojom pasivnošću ne izražava stav o tužbenom zahtevu. Ako bi umešač preduzeo povoljnu parničnu radnju za stranku, a ona ne ospori tu radnju, niti preduzima parničnu radnju suprotne sadržine, onda bi ta radnja imala dejstvo. Na ovakve zaključke, čini se, upućuje uloga umešača kao kontrolora i pomagača stranke, pa se tako i pasivnost stranke specifično tumači shodno njenom odnosu sa umešačem.

U trećem slučaju, postavlja se pitanje da li žalba umešača ima dejstvo ako pomognuta stranka ne pobija prvostepenu presudu. U literaturi se ističe da se propuštanju stranke ne daje smisao radnje suprotne sadržine, već odricanje ili odustanak od žalbe moraju biti izričito izjavljeni.[74] Ukoliko stranka to ne učini, već se samo pasivno drži, žalba umešača sprečava pravnosnažnost presude.[75]

U prilog ovom shvatanju možemo se pozvati na jezičko tumačenje zakonskog teksta: "Parnične radnje umešača imaju za stranku kojoj se pridružio pravno dejstvo ako nisu u suprotnosti sa njenim radnjama".[76] Zakon govori o "radnjama", a ne o propuštanju. Kako pomognuta stranka, u odnosu sa umešačem, u navedenim situacijama, pasivnošću ne izražava volju, tako radnje umešača imaju dejstvo ako su povoljne za stranku, a stranka ih nije naknadno izričito ili konkludentno osporila.

---

[72] B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 245.,S. Triva, M. Dika, 606.

[73] *Ibid.,* 604., Smatra se da stranka priznanjem činjenica na specifičan način disponira tužbenim zahtevom (teorija afirmativne litiskontenstacije).

[74] B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 245., B. Poznić, 520. U komentaru se navode I suprotni stavovi, ali se prednost daje iznesenom zaključku.

[75] Iako postoje i suprotna shvatanja, ovom shvatanju je data prednost. *Ibid*., M. Dika, S. Triva, 454.

[76] Čl. 217, st. 4. ZPP-a.

ZAKLJUČAK

Opredeljenje za analiziranje specifičnosti položaja umešača u parničnom postupku proizlazi iz stanja normative i doktrine. Potreba da se njegov položaj dodatno konkretizuje i razjasne sporna pitanja diktirana je značajem njegove uloge u parničnom postupku.Umešač je parnični subjekt koji posle stranaka ima najšira ovlašćenja u postupku i kao takav, uz ispunjenje određenih uslova, on može da utiče na njegov ishod.

Osnovani razlog intervencije, određen kao pravni interes, pokazuje da je učešće umešača u parnici opravdano i korisno za rasvetljavanje složenih i povezanih pravnih odnosa. Neposredni interes umešača, da zaštiti svoju poziciju u materijalnopravnom odnosu sa strankom, ostvaruje se putem njegovog posrednog interesa – uspeha stranke na čijoj strani se meša.

Međutim, sa aspekta suda, učešće još jednog parničnog subjekta u postupku dodatno komplikuje raspravljanje i odlučivanje. Sa aspekta stranke koja snosi troškove postupka, učešće umešačapredstavljadodatno opterećenje. Kako bi se izbegle ili značajno umanjile negativne posledice mešanja, pravni interes umešača mora se ispitati sa različitih akspekata i kombinacijom različitih pristupa. Pored zakonskog određenja interesa umešača kao pravnog i "povoljnog" za pomognutu stranku, procesna teorija i praksa su uložile napor u razjašnjenju elemenata sadržine i drugih kvaliteta pravnog interesa umešača,čemu je u radu posvećena pažnja. Tako, pravni interes umešača mora biti postojeći, konkretan i u određenoj meri izvestan.

Specifičnosti položaja običnog umešača u parničnom postupku vezane su za njegovu ulogu pomagača i kontrolora stranke, pa je tako njegov pravni položaj vremenski i objektivno određen i ograničen. U pogledu vremena, Zakonom je određen interval u razvoju postupka u kome treće lice može da se umeša i dalje da preduzima parnične radnje. Ipak, bilo je potrebno napraviti distinkciju između momenta prijave učešća i momenta sticanja svojstva umešača, u cilju opredeljenja dejstva preduzetih parničnih radnji.

Kada je reč o objektivnom određenju, kako Zakon ovlašćenja umešača nedovoljno precizno određuje, analizirali smo koje radnje umešač može, a koje ne može da preduzima, kao i dejstvo tih radnji s obzirom na procesno držanje pomognute stranke. I dok je položaj umešača, u pogledu dejstva preduzetih radnji, u situaciji kada se stranka izričito protivi njegovim radnjama ili preduzima radnje suprotne sadržine nesporan, pasivnost stranke komplikuje položaj umešača.

S toga smo se u radu osvrnuli na neke od situacija - donošenje presude zbog izostanka, presude zbog propuštanja i mogućnost umešača da izjavi žalbu. Zaključno, iz dikcije Zakona i većinski usvojenog stava teorije proističe da u situaciji kada umešač preduzme parnične radnje koje je stranka propustila da preduzme, te radnje imaju dejstvo ukoliko su povoljne za stranku, a stranka ih nije izričito ili konkludentno osporila.

JELENA ČANOVIĆ, LL.M.,
Ph.D. candidate and the teacher assistant
at the Faculty of Law, University of Kragujevac

SPECIFIC CHARACTERISTICS OF THE LEGAL POSITION OF AN ORDINARYINTERVENER IN A CIVIL PROCEDURE

Summary

The legitimate reason for ordinary (secondary) intervention, defined as a legal interest, shows that the participation of the intervener in a civil procedure is justified and useful for resolving complex and entangled legal relations.Besides the legal definition of the intervener's interest as a lawful and beneficiary for the party he intervenes for, the theory and practice of civil procedure have invested additional efforts into clarifying the elements of the content and other qualities of the intervener's interest, which the author of this paper pays particular attention to. Thus, the legal interest of the intervener has to be existent, concrete and, somewhat, certain.Given the fact that the authority of the ordinary intervener in a civil procedure is linked to his role of a party's assistant and controller, the author of this paper analysed objective and time restrictions of his position. While the position of the intervener related to the undertaken action in the situation when the party expresses its will is unquestionable, the passive conductof the party complicates the intervener's position. By analysing several different situations, the author has concluded that in the situation when the intervener has undertaken the civil actions which the party omitted to undertake, such actions can be legally effective if they are favourable for the party and the party itself has not explicitly or concludently contested them.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo
Justice and Law
La Justice et le Droit
PRAVO I ZAPOVEST RAZUMA – III tom
LAW AND THE ORDER OF REASON – Vol. III

Treća katedra
Third Department

PRAVO NA IMOVINU
RIGHT TO PROPERTY

3. Privredna društva
Commercial Companies

Miodrag Mićović

Savremeni pravni okvir za angažovanje akcionara
Contemporary legal framework for shareholders' engagement 5

Vladimir Kozar,
Vanda Božić

Kritički osvrt na položaj povezanih lica u stečajnom postupku
u svetlu novih zakonskih rešenja
Critical review on the status of related persons in bankruptcy
proceedings in the light of new legislation 19

Jelena Lepetić

Jednak tretman akcionara – pravno pravilo ili princip
Equal treatment of shareholders 35

Svetislav Janković

Da li su klasični čekovi u Srbiji, u stvari, certificirani
Are all classic checks in Serbia, in fact, certified 51

Đuro M. Đurić,
Vladimir M. Jovanović

Novi propisi o stečaju grupe društava u Nemačkoj
New regulations on insolvency of group of companies in Germany 67

Branislav Radulović

Odbor za reviziju u privrednim društvima
Audit committee in companies 81

Milan S. Čukić

Privredna komora Srbije pred izazovima privrede i moderne države
The Chamber of Commerce and Industry of Serbia. 95

Osiguranje
Insurance

Vladimir Čolović

Opšti i posebni uslovi osiguranja kao sastavni deo ugovora o osiguranju
General and special insurance conditions as a integral part of the insurance contract 109

Jovan Slavnić

Direktiva EU o distribuciji osiguranja
Insurance EU distribution directive 125

Slobodan Ilijić

Obavezno osiguranje od odgovornosti dve pravosudne profesije u Srbiji
Compulsory Liability Insurance of Two Types of Legal Professions in the Republic of Serbia. 147

4. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža
International Commercial Contracts, Arbitration

Jelena Perović

Postupak izuzeća arbitara u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži
Inerplay between the cisg and other legal sources of contract law (or contract principles) 161

Vitomir Popović

Arbitražno rješavanje sporova po Dejtonskom mirovnom sporazumu 191

Maja Stanivuković,
Petar Đundić

Investicioni sporovi vezani za solarnu energiju pokrenuti protiv Španije na osnovu Ugovora o energetskoj povelji
Investment disputes against Spain based on the energy charter treaty in relation to solar energy 207

Marija Krvavac

Medijacija kao alternativni metod rešavanja sporova na osnovu interesa strana
Mediation Programme (Canadian legal system) 235

5. Radni odnosi
Labour Relations

Predrag Tirfunović,
Mirjana Popović

Doprinosi kao jedini tužbeni zahtev 253

Slobodanka Kovačević-Perić

Perspektiva dostojanstvenog rada u Republici Srbiji - sa aspekta zapošljavanja
The decent work perspective in Republic Serbia - from the employment aspect 267

Radoje Brković

Koncept privremenog agencijskog zapošljavanja
Concept of temporary agency employment 285

Osman Kadriu

Šteta u radnim odnosima i odgovornost poslodavca za njenu naknadu
Damage in the labor relations 297

Vladimir Vrhovšek,
Vladimir Kozar

Zaštita od zlostavljanja – mobinga na radu
Protection from harassment – mobbing at work 313

Ivica Lazović

Pravo na štrajk u Republici Srbiji
The right to strike in the Republic of Serbia 331

Aleksandar Antić

Institut mirovanja radnog odnosa u pravnom sistemu Srbije
The institute for the suspension of employment in the legal system of Serbia 345

Iris Bjelica-Vlajić

Radno-pravni položaj pomoraca prema Direktivi EU 2018/131
Labor law of seafarers according to the Directive 2018/131 359

Vera Bakić

Ugovori kojima se ne zasniva radni odnos sa poslodavcem
Contracts which not involve the establishment of an employment relationship 367

Vesna Stojanović

Pravo na invalidsku penziju
The right to disability pension 381

Jovana Petrović

Sudska zaštita od zlostavljanja na radu
Court protection from abuse at work 391

6. Banke i bankarski poslovi
Banks and Banking Transactions

Dijana Marković-Bajalović

O nužnosti zakonskog uređenja kreditnog izveštavanja
About the Necessity of the Legislation on Credit Reporting 407

Marko Babić

Kriptovalute - računalna provokacija, monetarno-financijska moda ili budućnost
Criptovalute - monetary-financial fashion or future 425

Danijela Radonić

Mjenica izdata "bez pokrića" kao osnov krivične odgovornosti u Bosni i Hercegovini
Menica issued "without cover" as the basic of criminal responsibility in Bosnia and Herzegovina 439

Miroslav Milosavljević,
Jelena Milosavljević

Ček - pojedinačna i formalna hartija od vrednosti
Check-individual and formal securities 457

Dragica Martinović

Specifičnosti zaloge akcija kao sredstva obezbeđenja plaćanja
Specifications of the pledge of shares to secure a loan or other payment 475

Mihajlo Rabrenović,
Maja Cogoljević,
Soliman Musbah Albandag

Strategije za podizanje efikasnosti upravljanja neto obrtnim sredstvima na berzi 485

Četvrta katedra
Fourth Department

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU
RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

Industrijska svojina i Autorsko pravo
Right to Industrial Property and Copyright

Dimitrije Milić

Suspenzija isključivih prava autora i prava na naknadu 497

Božin Vlašković

Opasnosti zamene posle kupovine u evropskom i nemačkom pravu žiga
The post-sale confusion in european and german trademark law . . 507

Sanja Danković-Stepanović

Upravljanje interpretatorskim pravom od strane organizacije za kolektivno ostvarivanje prava
Management of interpretor right by organization for collective realization of the rights 525

Snežana Šarboh

Oglašavanje ništavim patenata i malih patenata
Advertisement to the net patent or petty patent 541

Njegoslav Jović

Zvučni žig
Sound trademark 551

Jelena Belović

Merodavno pravo za zaštitu pronalazaka iz radnog odnosa
Applicable law for the protection of employment - related inventions 569

Ksenija Vlašković

Pronalasci zaposlenih na visokim školama u nemačkom pravu
Innovations of higher school employees in german law 581

Mario Lukinović,
Zoran Dragojević

Vina sa geografskim poreklom i geografske oznake porekla
Wine with protected geographical indication and geographical indication 595

Peta katedra
Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde
Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković

Priznanje tužbenog zahteva
Recognition of a litigation claim 613

Arsen Janevski

Prekid postupka za raspravljanje zaostaštine poverenog javnom beležniku
Discontinuing of legacy proceedings by a notary 631

Dušica Palačković ,
Zoran Ponjavić

Obrazloženje sudskih odluka i pravo na obrazloženu odluku
Reasoning of court decisions and the right to a reasoned decision 651

Nevena Petrušić

Prilagođavanje pravne pomoći potrebama dece u kontekstu građanskog pravouđa
Adjusting legal assistance to the needs of children within the context of civil justice 669

Rastko Nešković

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku
Protect the right to judges witnih a reasonable time 687

Milena Trgovčević-Prokić

Prethodno pitanje u vanparničnom postupku
The previous question in the out-of-court procedure 705

Ana Lukić-Vidojković

Obavezna medijacija kao način rešavanja sporova
Mandatory mediation as a way for solving legal disputes 717

Jelena Čanović

Specifičnosti pravnog položaja običnog umešača u parničnom postupku
Specific characteristics of the legal position of an ordinary intervener in a civil procedure. 735

IUS
LIBERTAS
PROPRIETAS
VITA
HUMANITAS
IUSTITIA
UNIVERSITAS
IURIS
NATURALIS
COPAONICI